# ZEITSCHRIFT FÜR DIE DEUTSCHE GESETZGEBUNG UND FÜR EINHEITLICHES...



Iur. is. 225 mc

Zeitschrift



Digitized by Google

<36614178590016

<36614178590016

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google



Digitized by Google

# Zeitschrift

für

# die deutsche Gesetzgebung

und für

## einheitliches deutsches Recht

Herausgegeben

von

**Dr. J. Fr. Behrend** und **Dr. F. Dahn,**

Professor der Rechte in Berlin. ord. Professor der Rechte in Königsberg.

**VII. Band.**

Erstes u. zweites Heft.

Berlin.

Verlag von J. Guttentag.

(D. Collin.)

1873.

166 D

Digitized by Google

# Inhalt.

## Abhandlungen.



## Rechtssprüche.



## Literatur.





Digitized by Google

# Zeitschrift

für

# die deutsche Gesetzgebung

und für

## einheitliches deutsches Recht.

Herausgegeben

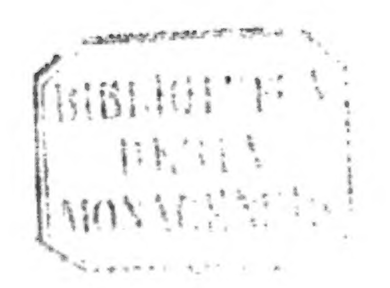
von

**Dr. J. Fr. Behrend,** ord. Professor der Rechte in Greifswald.
und
**Dr. F. Dahn,** ord. Professor der Rechte in Königsberg.

**VII. Band.**

Berlin.
Verlag von J. Guttentag.
(D. Collin.)
1874.

Digitized by Google



Buchdruckerei der Berliner Bürger-Zeitung.

Digitized by Google

# Inhalt.

## Abhandlungen.



Digitized by Google

## Rechtssprüche.



## Literatur.

# Abhandlungen.

## I.

## Ueber einige Erweiterungen des gerichtlichen Klagerechts in Oesterreich.

Von Herrn Professor Dr. Moriz Heyssler in Wien.

---

Jede Erweiterung des gerichtlichen Klagerechts gehört zu den reellsten Fortschritten der Gerechtigkeit und der bürgerlichen Freiheit. Am lauten Markt des Lebens wenig gewürdigt und selbst von den Männern des Rechts häufig nicht nach Gebühr geschätzt, ist jeder Fußbreit Boden, der dem administrativen Belieben abgewonnen wird, ein Baustein mehr zum Aufbau des Rechtsstaats. Es bezeichnet die schlimmsten Zustände des Staatslebens, wenn der klagbare Anspruch auf bloße Privatrechte eingeengt ist, und mit jeder Besserung jener Zustände wird die Grenze der Klagbarkeit aus dem Bereich privater Rechte in jenes des öffentlichen Rechts weiter hinausgeschoben. In der Forderung des unbefangenen Gerichtsspruches in Sachen des öffentlichen nicht minder als des privaten Rechts begegnen sich in der Wissenschaft Männer, deren Bahnen außerdem ziemlich weit von einander abliegen; sie differiren in der Fassung dessen, was zu schützen ist, — in der Art des Schutzes sind sie einig.

Der Umfang des gerichtlichen Klagerechts, Vor- oder Rückgang desselben in einem gegebenen Staate, dürfte daher ein Gesichtspunkt sein, geeignet, sich daran über die Culturbewegung, in welcher jener begriffen, unbefangen zu orientiren.

An diesem Maße gemessen, wäre in Oesterreich ein ergiebiger Fortschritt zu constatiren. So schlimm es in diesem Staate unter dem hier angeregten Gesichtspunkte bis zur Verfassungsreform vom Jahr 1867 bestellt war, so sehr ist derselbe hierin durch diese gefördert worden.

Wenn der Satz, „nur privatrechtliche Ansprüche seien klagbar“ irgendwo in vollster Schärfe galt, so war es bis zum Jahre 1867 in Oesterreich der Fall.

Zwar daß öffentliches Recht, als solches, nicht klagbar vor Gericht verfolgt werden konnte, hatte Oesterreich wohl mit den meisten Continental-Staaten in Europa gemein; jedoch auch Ansprüche, welche von öffentlich-rechtlichen Vorfragen abhängig sind, — ich will sie fortan gemischte nennen — waren hier zur processualischen Austragung nicht zugelassen. Das galt namentlich von Ansprüchen, die an öffentliche Functionäre aus dem Grunde ihrer amtlichen Thätigkeit erhoben wurden, — in erster Linie von Ansprüchen an richterliche Personen. Mittels einer Resolution vom 11. September 1784 (sub Nr. 335 der amtlichen Justizgesetz-Sammlung) war ausgesprochen: es seien „die Syndicatsklagen, so gegen Richter eingereicht worden, gänzlich aufzuheben“, vielmehr solle „von jeder Partei, die von einem untern Richter wegen übel verwalteter Justiz eine Entschädigung fordern zu können vermeinte, dieselbe nicht in Form einer Klage, sondern in der Art einer Beschwerdeführung bei dem obern Richter angesucht, hierüber der untere Richter von Amts wegen vernommen, von Amts wegen die genaueste Untersuchung gepflogen und nach Beschaffenheit der Umstände dem untern Richter der Ersatz erweislich verursachter Schäden und Unkosten aufgetragen werden.“

Durch ein Hofdecret vom 10. März 1806 (Nr. 788 J. G. S.) war aber in vollster Allgemeinheit verfügt: Staatsbeamte können ihrer Amtshandlungen wegen bei dem Civilgericht niemals belangt werden.

Hier also war sehr kurz und entschieden der Riegel vorgeschoben; und um etwa aus dem Verschulden seiner Beamten den Staat selber in Anspruch zu nehmen, dazu fehlte schon der materielle Rechtssatz.

Letzteres zwar bedarf einer Beschränkung. Durch ein Hofdecret vom 4. Januar 1787 war nämlich ausgesprochen: Wenn ein Magistrats- oder Gerichtsverwalter wegen übel verwalteter Justiz in den Ersatz der Schäden und Unkosten verfällt wird, dann hat die betreffende Ortsgemeinde oder Herrschaft, der nämlich die Gerichtsbarkeit zusteht, den Ersatz zu leisten 2c., und es lag nun nahe, da wo die Verletzung durch einen staatlichen Richter zugefügt war, die Haftung des Staats in Anspruch zu nehmen. Gegen die Concludenz dieser Folgerung ließ sich vielleicht streiten; Thatsache aber ist, daß von Seite der „obersten Justizstelle“ — einer bis zum Jahre 1848 bestandenen Behörde welche die

Attributionen des obersten Gerichtshofes und des Justiz-Ministeriums in sich vereinigte — unterm 29. Januar 1838 in einem Erlaß an das tyrolische Appellations-Gericht als völlig selbstverstanden erklärt war, daß „der Staat mit Vorbehalt des Regresses an den schuldtragenden Beamten für die Befriedigung des Beschädigten nach Hofdecret vom 4. Januar 1787 zu sorgen habe“.

So wäre denn zwar nicht die directe Haftpflicht des Staats für das Verschulden seiner beamteten Richter, jedoch das Einstehen desselben für die materielle Entschädigung der verletzten Partei von der obersten richterlichen und justiz-administrativen Instanz anerkannt worden, ohne daß indessen hieraus eine Erweiterung des Klagerechts hervorgegangen wäre; denn der Ersatzanspruch war nach wie vor im officiösen Syndikatsweg gegen den richterlichen Beamten zu liquidiren.

Zum Civilprozeß gehörten daher nur Ansprüche von durchaus privatrechtlichem Gefüge, mit Ausschluß aller Vorfragen des öffentlichen Rechts*).

Doch auch diese nicht ohne mannigfache Beschränkung. Denn durch zahlreiche Verwaltungsgesetze — das Wort Gesetz in der unbestimmten Bedeutung genommen, die es vor Begründung der constitutionellen Verfassung hatte — waren nicht wenige Parteienrechte, vermöge ihrer Connexität mit Verwaltungssachen „privatrechtliche Enclaven“ des Verwaltungsgebietes, zur administrativen Erledigung gewiesen, und der eventuelle Rechtsweg für die Partei, welche sich durch die Entscheidung der Administrativbehörde in ihrem Recht gekränkt hielt, war nicht durchgehends vorbehalten.

So war denn das gerichtliche Klagerecht auf das kärglichste Maß eingeengt.

Die Aenderungen, welche in diesem Bestand der Dinge durch die Verfassungsreform vom J. 1867 herbeigeführt wurden, sind an verschiedenen Stellen der damals vereinbarten sechs Staatsgrundgesetze

---

*) Wie eng von den österreichischen Gerichten die continentia causae überhaupt begrenzt wird, zeigt u. A. folgender Fall: Ein Pfarr-Curat war von seinem Bischof der Pfründe entsetzt, das Erkenntniß des Bischofs von dem Metropolitan aufgehoben, der Curat aber demungeachtet von Ersterem nicht wieder in die Pfründe eingesetzt worden. Er belangte nun den Bischof auf Schadenersatz. Die erste Instanz (Landes-Gericht Linz) negirte, die zweite Instanz anerkannte die gerichtliche Competenz zur Entscheidung des Ersatzanspruches. Der oberste Gerichtshof schloß dieselbe mit Erkenntniß vom 7. December 1869 Nr. 9941 (österr. Ger.-Ztg., Jahrg. 1870 Nr. 8) aus, weil der Anspruch von kirchenrechtlichen Vorfragen abhänge, über welche der Civilrichter nicht absprechen dürfe.

(sämmtlich vom Datum des 21. December 1867, sub Nr. 141—146 des Reichsgesetzblattes publicirt) enthalten und werden daher selbst in Oesterreich nicht immer in ihrem Zusammenhang und nach voller Tragweite gewürdigt.

Unterscheiden wir, um sie leichter zu überblicken, Ansprüche öffentlich-rechtlicher, gemischter und privatrechtlicher Natur, so gruppiren sich die hergehörigen Bestimmungen der 1867er St. G. G. folgendermaßen:

Zur Entscheidung „in streitigen Angelegenheiten öffentlichen Rechtes" wurde durch das St. G. G. sub Nr. 141 R. G. B. („Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes") ein besonderer Gerichtshof unter dem angeführten Namen geschaffen. Abgesehen von dem Entscheidungsrechte in Competenzconflicten, welches nicht hierher gehört, steht demselben, laut Art. 3 die endgiltige Cognition zu: a. über Ansprüche einzelner der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder an die Gesammtheit derselben und umgekehrt, dann über Ansprüche eines dieser Königreiche und Länder an ein anderes derselben, endlich über Anspüche, welche von Gemeinden, Körperschaften oder einzelnen Personen an eines der genannten Königreiche und Länder, oder an die Gesammtheit derselben gestellt werden, wenn solche Ansprüche zur Austragung im ordentlichen Rechtswege nicht geeignet sind, und b. über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte, nachdem die Angelegenheit im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Wege ausgetragen worden ist. — Die mit diesem St. G. G. gezogenen Grundlinien sind in der Folge durch ein Ausführungsgesetz vom 18. April 1869, „betreffend die Organisation des Reichsgerichts, das Verfahren vor demselben und die Vollziehung seiner Erkenntnisse" weiter detaillirt worden, und steht dieses Gericht seit October 1869 in Thätigkeit. Dasselbe besteht aus 12 Mitgliedern und 4 Ersatzmännern, welche der Kaiser über Vorschlag des Reichsrathes und zwar je zur Hälfte über Vorschlag jedes der beiden Häuser auf Lebensdauer ernennt, und aus einem Präsidenten und Präsidenten-Stellvertreter, die vom Kaiser aus eigener Initiative gleichfalls für Lebensdauer ernannt werden. Das Reichsgericht versammelt sich regelmäßig zu Quartal-Sitzungen; das Verfahren ist nach den Principien des mündlich öffentlichen Civil-Prozesses geordnet, mit Ausschluß einer staatsanwaltschaftlichen Intervention. Advokatenzwang auf Seite der Privatpartei ist ausgeschlossen. Die Staatsverwaltung wird durch Abgeordnete der betreffenden Ministerien

vertreten. Die mündliche Verhandlung wird in den oben sub a. angeführten Fällen durch Schriftsätze der Parteien — Klage, facultative Gegenschrift, und wenn der Referent zur gehörigen Vorbereitung der Verhandlung es für nöthig findet, zwei weitere (facultative) Sätze — vorbereitet; sie beginnt mit einer Darlegung des Sachverhalts durch einen Referenten, woran sich die Ausführungen der Parteien anreihen. — Das Reichsgericht entscheidet nach freier Beweiswürdigung durchaus in Plenar-Versammlungen, zu deren Beschlußfähigkeit die Anwesenheit von mindestens acht Votanten (außer dem Vorsitzenden) erforderlich ist. Sein Spruch ist endgiltig, kein Rechtsmittel (jedoch Wiederaufnahme des Verfahrens in den Fällen sub a. nach freiem Ermessen des Gerichts) zulässig. Das Reichsgericht hat keine Vollzugsgewalt; diese ist den „zuständigen Gerichts- und Verwaltungsbehörden“ zugewiesen. — Eine vom Reichsgericht beschlossene, vom Kaiser genehmigte Geschäfts-Ordnung vom 30. October 1869 (Nr. 163 R. G. B.) regelt die Einzelheiten des Prozeßganges.

Betreffs der Ansprüche gemischter Natur enthalten die St. G. G. folgende Bestimmungen:

1) Durch Art. 9 des St. G. G. „über die richterliche Gewalt“ (Nr. 144 R. G. B.) ist erklärt: Der Staat und dessen richterliche Beamte können wegen der von den letzteren in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit verursachten Rechtsverletzungen außer den im gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmitteln mittels Klage belangt werden.

Das in diesem Artikel vorbehaltene Ausführungsgesetz hat unterm 12. Juli 1872 (R. G. B. Nr. 112) die kaiserliche Sanction erhalten und ist hiermit das in Rede stehende wichtige Klagerecht zur Wahrheit geworden.

Die wesentlichen Bestimmungen des Ausführungsgesetzes sind folgende:

Der bedeutsamste Grundsatz ist die Anerkennung der simultanen Haftpflicht des Staats neben dem schuldtragenden Richter. Im §. 1 des Gesetzes ist ausgesprochen, daß es dem Verletzten freistehe, die Ersatzklage nur gegen den Schuldtragenden, oder nur gegen den Staat, oder gleichzeitig gegen beide zu erheben.

Es ist damit ein Princip zur Geltung gebracht, für welches — wie auch die oben gegebene Notiz beweist — die österreichische Justiz,

so viel an ihr lag, seit lange eintrat, dessen gesetzliche Anerkennung aber stets an finanziellen Einsprachen und Bedenken scheiterte.

Sehr weit ist ferner der Kreis der richterlichen Personen gezogen, auf welche das Gesetz und folglich auch die Haftpflicht des Staates Anwendung findet. Darunter sind (laut §. 4) begriffen: die bei den Gerichtshöfen und den Bezirksgerichten zur Ausübung des Richteramtes oder sonst zu gerichtlichen Amtshandlungen angestellten Staatsbeamten, sowie die zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen abgeordneten Gerichtscommissäre (Notare), und den Genannten sind gleichgestellt die zur Ausübung des Richteramts bestellten fachmännischen Beisitzer der Handels-, See- und Berggerichte, dann die bei den Gerichten zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen angestellten Diener und die bei den landesfürstlichen Steuerämtern angestellten Staatsbeamten und Diener bezüglich ihrer Amtshandlungen mit gerichtlichen Depositen- und Waisengeldern.

Die Gerichtsbarkeit über derlei Syndicatsklagen in erster Instanz ist den Obergerichten (G. zweiter Instanz), jene in zweiter Instanz dem obersten Gerichtshofe zugewiesen. — Zur Fundirung der Klage wider den Staat genügt der Nachweis, daß die Rechtsverletzung, aus welcher geklagt wird, nur durch Uebertretung der Amtspflicht von Seite richterlicher Beamte des mit der Sache befaßten Gerichts erfolgen konnte, während in der wider einzelne richterliche Functionäre erhobenen Klage deren Verschulden positiv zu erweisen ist. Mitglieder eines Gerichtscollegiums können jedoch nur belangt werden, wenn deren Betheiligung an dem rechtsverletzenden Vorgang dem Beschädigten im Wege eines strafgerichtlichen Verfahrens bekannt geworden. Den Parteien ist auch Einsichtsnahme der Disciplinaracten gestattet. — Im Syndicatsprozeß sind die in der C. P. O. begründeten ordentlichen Rechtsmittel (allerdings nur in zwei Instanzen) vorbehalten. Die Vollstreckung der Erkenntnisse steht den Gerichten erster Instanz zu.

Ist in Folge erhobener Klage vom Staate Ersatz geleistet, so kann derselbe behufs des Rückgriffes gegen jene richterlichen Personen, deren Verschulden durch ein wider sie ergangenes straf- oder disciplinargerichtliches Erkenntniß festgestellt ist, bei dem Prozeßgericht einen Zahlungsbefehl beantragen; außerdem muß er, mit Ausschluß der Geltendmachung des Rückersatzes im administrativem Wege, den ordentlichen Rechtsweg beschreiten.

Weitere Details über das hier in Rede stehende Klagerecht liegen außer dem Rahmen des gegenwärtigen Aufsatzes.

2) Ungenügender ist bisher noch die Haftpflicht der Verwaltungsorgane und des Staats aus dem Verschulden derselben geordnet, obwohl auch dafür Grundlinien in den Verfassungsgesetzen gezogen sind.

Auf die civile Haftpflicht der Ersteren bezieht sich Art. 12 des St. G. G. über die Regierungs- und Vollzugsgewalt (R. G. B. Nr. 145). Im Alinea 1 dieses Artikels ist gesagt, daß sämmtliche Staatsdiener innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises für die Beobachtung der Staats-Grundgesetze, sowie für eine den Reichs- und Landesgesetzen entsprechende Geschäftsführung verantwortlich sind. Alin. 2 handelt sodann von der disciplinaren Verantwortung, Alin. 3 endlich lautet: die civilrechtliche Haftung derselben für die durch pflichtwidrige Verfügungen verursachten Rechtsverletzungen wird durch ein Gesetz normirt. — Dieses Ausführungsgesetz ist bislang im Rückstand und dadurch das Princip dermal noch praktisch werthlos (— praktisch gilt vielmehr noch das auf dem entgegengesetzten Princip beruhende, obenerwähnte Hofdecret vom J. 1806! —); hoffentlich aber kommt der Zeitpunkt, wo sich die berufenen Faktoren dieses in der Verfassung niedergelegten Samenkorns erinnern und demselben Luft und Licht zum Wachsthum schaffen werden.

Nur Betreffs der Minister ist das civile Klagerecht schon dermal Thatsache, indem durch § 6 des Minister-Verantwortlichkeits-Gesetzes vom 25. Juli 1867 (R. G. B. Nr. 101) verfügt ist: Jeder Minister kann vor den ordentlichen Gerichten auf Ersatz desjenigen Schadens belangt werden, den er durch eine von dem Staatsgerichtshofe als gesetzwidrig erkannte Amtsführung dem Staate oder einem Privaten zugefügt hat. — Dieses Klagerecht ist von keinem Ausführungsgesetz abhängig, sofort in Wirksamkeit getreten; freilich ist sein praktischer Werth nicht hoch anzuschlagen.

Was aber die aus Handlungen der Verwaltungsorgane an den Staat zu stellenden Ansprüche belangt, so besteht diesfalls nur in so weit ein Klagerecht, als sie zur Competenz des Verwaltungsgerichtshofes gehören.

Von diesem handelt Art. 15 des St. G. G. über die richterliche Gewalt.

In Alin. 1 (von dem gleich unter der Rubrik privatrechtlicher

Ansprüche die Rede sein wird) verfügt dieser Artikel, daß in allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde über einander widerstreitende Ansprüche von Privaten zu entscheiden hat, dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachtheiligten vorbehalten sei, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtsweg zu suchen. Hierauf heißt es in Alin. 2: Wenn außerdem Jemand behauptet, durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein, so steht ihm frei, seine Ansprüche vor dem Verwaltungsgerichtshofe im öffentlich-mündlichen Verfahren wider einen Vertreter der Verwaltungsbehörde geltend zu machen. Beigefügt ist der Nachsatz: die Fälle, in welchen der Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden hat, dessen Zusammensetzung, sowie das Verfahren vor demselben werden durch ein besonderes Gesetz bestimmt.

Der Entwurf dieses Ausführungsgesetzes wird eben jetzt im Ministerium vorbereitet, und solang das betreffende Gesetz nicht zustande gekommen, steht der Verwaltungs-Gerichtshof noch auf etwas schwankendem Boden. Allein die principiellen Grundlagen sind denn doch mit dem bezogenen Art. des St. G. G. deutlich und, wie zu hoffen, auch unverrückbar gegeben.

Es sind die Collisionen zwischen dem öffentlichen Verwaltungsrecht und den privaten Berechtigungen, welche vor dieses Tribunal gehören. Das im öffentlichen Interesse geübte Verwaltungsrecht bedingt stets eine Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit der Einzelnen. Wird nun behauptet, daß durch eine verwaltungs-behördliche Entscheidung oder Verfügung das rechtliche Maaß überschritten, die private Berechtigung des Einzelnen verletzt sei, so soll die Cognition darüber dem Verwaltungs-Gerichtshofe zustehen. Der Anspruch soll gegen den Staat gestellt, wider den Vertreter der Verwaltungsbehörde ausgetragen werden können, während der Anspruch gegen den einzelnen Verwaltungs-Beamten aus dessen Pflichtverletzung in Amtssachen durch den vorbesprochenen Art. 12 des St. G. G. sub Nr. 145 R. G. B. (vorläufig im Grundsatze) vor den Civilrichter gewiesen ist.

Damit ist auch die Abgrenzung der reichsgerichtlichen gegen die verwaltungsgerichtliche Competenz so scharf gezogen, daß es kaum begreiflich ist, wie darüber Zweifel bestehen kann. — Vor das Reichs-Gericht gehören Ansprüche, welche unmittelbar aus dem öffentlichen Recht (incl. das Verwaltungsrecht) abgeleitet werden; vor den Verwaltungs-Gerichtshof solche, die in behaupteten Uebergriffen von Verwal-

tungs-Behörden in die (nicht-politischen) Rechte der Einzelnen ihren Grund haben. Dort also beruht der Titel im öffentlichen Recht, hier in der Verletzung von Privatrechten durch die Verwaltungs-Action; dort wird öffentliches Recht in Anspruch genommen, hier die Gutmachung gekränkten Privatrechts; dort beruht die Klage auf dem öffentlichen Recht, hier die Einrede. —

Nicht also die von manchen Stimmen als dunkel und unauffindbar erklärte Abgränzung der Gerichtsbarkeit des Reichsgerichtes und des Verwaltungs-Gerichtshofes ist es, die in dem Ausführungsgesetze Betreffs des letzteren einer näheren Bestimmung bedarf, einer Bestimmung, welche, sofern sie mit den Staats-Grundgesetzen in Uebereinstimmung, überflüssig, sofern sie mit denselben im Widerspruch, unzulässig und jedenfalls nur unter den Cautelen einer Grundgesetz-Abänderung zu beschaffen wäre; was einer Bestimmung bedürfen wird, ist vielmehr die Haftflicht des Staats für das Verschulden seiner Verwaltungs-Beamten. — Wie verhalten sich die durch Art. 12 Alin. 3 des St. G. G. Nr. 145 vor den Civilrichter gewiesenen Rechtsverletzungen zu jenen, welche durch Art. 15 Alin. 2 des St. G. G. Nr. 144 vor den Verwaltungs-Gerichtshof gewiesen sind? Dort ist von Rechtsverletzungen die Rede, die durch pflichtwidrige Verfügungen von Verwaltungs-Beamten, hier von solchen, welche durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungs-Behörde verursacht sind. Allein da der Beamte regelmäßig im Namen der Behörde verfügt oder entscheidet, so wird sich die „pflichtwidrige Verfügung“ des Beamten (Art. 12) zugleich (und in erster Linie) als Entscheidung oder Verfügung der Verwaltungs-Behörde (Art. 15) darstellen. Haftet also der Staat simultan mit dem Beamten? und wie verhält es sich alsdann mit der zweifachen Gerichtsbarkeit? —

Was endlich die dritte Kategorie von Ansprüchen, die rein privatrechtlichen betrifft, so ist auch für diese die Klagbarkeit durch die Grundgesetze vom Jahre 1867 erweitert worden, und zwar durch das bereits oben des Zusammenhangs wegen mitgetheilte Alin. 1 des Art. 15 St. G. G. über die richterliche Gewalt. In diesem ist nämlich ausgesprochen, daß in allen Fällen, wo eine Verwaltungs-Behörde über Parteienrechte entscheidet, der sich benachtheiligt dünkenden Partei freisteht, die Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtsweg zu suchen. Ist damit auch die administrative Entscheidung über Parteienrechte nicht abgestellt, so ist doch ein allgemeiner Rechtssatz gegeben, vermöge dessen solche Fragen wenigstens in zweiter Linie vor den

Civilrichter gebracht werden können. Die administrative Verfügung hat dadurch nur die Bedeutung einer provisorischen Regelung, die aber freilich vermöge ihres Einflusses auf die Parteienstellung im eventuellen Prozeß von nicht gering zu veranschlagender Wirksamkeit ist.

Faßt man das vorstehend Ausgeführte zusammen, so läßt sich nicht verkennen, daß das Klagerecht der Parteien dermal in Oesterreich auf breiter Basis besteht. Wieviel jenes vor dem Verwaltungs-Gerichtshofe werth sein wird, hängt freilich von der noch im Schoße der Zukunft ruhenden Zusammensetzung des letztern ab. Demselben die volle Unabhängigkeit zu sichern, welche — nicht ohne merkliche Spuren von bureaukratischer Unbehaglichkeit — das Reichsgericht genießt, wird die Aufgabe der gesetzgebenden Factoren sein. —

November 1872.*)

*) Das in diesem Aufsatz erwähnte Gesetz über den Verwaltungsgerichtshof ist inzwischen im Entwurf erschienen. Der Herr Verfasser hat uns über den ferneren Gang der Angelegenheit weitere Mittheilungen verheißen.

**Die Redaction.**

# II.

# Studien zur Gewerbe-Ordnung.

## Zweiter Artikel.

Von Herrn Referendarius Dr. Max Cohn aus Breslau.

## 2. Ueber die ortspolizeilich regulirten Gewerbe.

Selbst ein flüchtiger Beobachter wird bei der Lectüre der Reichstags-Verhandlungen der 69er Session über die Gewerbe-Ordnung den Eindruck gewinnen, daß der Regierungs-Entwurf, so zu sagen, von dem Augenblicke seiner Conception in Form der 68er Vorlage bis zu seiner völligen Reife in Gestalt des nunmehrigen Gesetzes mehr und mehr liberalen Anforderungen Rechnung trägt; liberal nicht im Parteiensinn, — denn gerade die jüngsten Constellationen können hinreichend vor der Identification der politischen und wirthschaftlichen Parteien warnen, — sondern im Sinne der allgemein anerkannten, unbestrittenen Principien ökonomischer Freiheit und socialen Fortschritts. Bei näherem Studium drängt sich dieses Ergebniß förmlich wie eine gesetzmäßige Erscheinung auf, deren Beobachtung zudem durch die Anlage unserer Quellen hinreichend erleichtert wird. Der Regierungs-Entwurf von 1869 enthält selbst eine Uebersicht der Abweichungen des neuen Entwurfs einer Gewerbe-Ordnung von dem im vorigen Jahre vorgelegten Entwurfe,[1]) während andererseits in den Anlagen zu den Reichstags-Verhandlungen auch die geschäfts-ordnungsmäßige Zusammenstellung des Entwurfs mit den bei der zweiten Lesung im Plenum des Reichstags gefaßten Beschlüssen zu finden ist.[2]) In diesen drei Stadien, zu denen endlich noch die Verhandlungen und Beschlüsse dritter Lesung, resp. die Bestimmungen unseres heutigen Gesetzes hinzutreten, läßt sich in jedem einzelnen Punkte jener Prozeß beobachten.

---

[1]) Verh. d. R. T. d. N. d. B. 1869 B. 3. S. 126. ff.
[2]) S. 477 a. a. O.

Den wesentlichsten Fortschritt in der angegebenen Richtung bezeichnen indeß die Beschlüsse der zweiten und dritten Lesung, resp. die Bestimmungen unseres Gesetzes gegenüber der 69er Vorlage; die Abweichungen der zweiten von der dritten Lesung sind nämlich naturgemäß wesentlich redactioneller Art. Die Veränderungen, die der Entwurf hierbei erfahren hat, lassen sich, soweit sie die beiden ersten uns wesentlich hier allein interessirenden Titel des Gesetzes betreffen, unter folgenden Gesichtspunkten zusammenstellen:

1) Ausdehnung der Anwendbarkeit des Gesetzes auf den Betrieb der Heilkunde,[1]) das Abdeckereiwesen, die Fürstenthum Lippeschen Ziegelarbeiter und Ziegelagenten (§. 6. In der Uebersicht S. 478 d. R. T. V. d. N. d. B. 1869 Bd. 3 S. 478.)
2) Völlige Freigebung des Gewerbebetriebs der Heilgehilfen (§. 30 der Vorlage S. 484 a. a. O.,) Fechtlehrer, Kammerjäger, Badeanstaltsbesitzer (§. 34 Nr. 1, 2.), der in §. 36 des Gesetzes bezeichneten Gewerbe (§. 34 Nr. 3), sowie endlich der Heilkünstler (§. 29).
3) Festsetzung bestimmter Requisite für Ver- oder Untersagung gewisser Gewerbebetriebe gegenüber dem ursprünglichen Erfordernisse eines Nachweises der Zuverlässigkeit:
   a. Nachweis der Unzuverlässigkeit Seitens der die Genehmigung versagenden Behörde (§. 30 Nr. 1, §. 32, §. 33 des Ges.).
   b. Nachweis strafrechtlicher Bescholtenheit (§. 35 Nr. 1, 2, 3 des Ges.).
4) Ausschließung der Bedürfnißfrage bei den Gewerben des §. 33 des Ges. nach gemeinem Recht.
5) Beschränkung der Ortspolizei durch Abänderung des §. 35 des Entwurfs, sowie Streichung des §. 40 des Entwurfs.
6) Beschränkung der Privatrechte zu Gunsten des Gewerbebetriebs durch Einfügung des §. 26 des Ges.
7) Einführung von Garantien für eine geordnete Verwaltungs-Rechtsprechung:
   a. durch Gewährung eines Recurses in den Fällen der §§. 15, 24, 40, 51 des Ges.;
   b. durch Aufstellung von Normal-Vorschriften für das Recursverfahren, §§. 20, 21, 22 des Ges.,

---

[1]) Vergl. meine Abhandlung in dem letzten Hefte des vorigen Jahrganges.

8) Einführung von parlamentarischen Garantien:
   a. durch das Erforderniß der Genehmigung des Reichstags (§. 16 d. G. G. a. E.):
   b) durch Substituirung der Reichsorgane an Stelle der Landes-Regierungen (§. 29 Al. 4 des Ges.)

Von diesem Gesetze des Fortschritts, das die obige Tabelle nachweist, finden sich meines Wissens nur zwei Abweichungen, von denen die eine das Gewerbe der Gifthändler, die zweite die im §. 33 verzeichneten Gewerbebetriebe betrifft. Was nämlich die Gifthändler anlangt, so bestimmt

| der Entwurf: | das Gesetz: |
| --- | --- |
| §. 34. Die Landesgesetze können vorschreiben:<br>1) . . . . . . . . . . .<br>2) daß Diejenigen, welche Gifte feilhalten . . ihre Zuverlässigkeit in Bezug auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb vor Beginn des letzteren der Polizeibehörde nachzuweisen haben. | §. 34. Die Landesgesetze können vorschreiben, daß zum Handeln mit Giften . . . besondere Genehmigung erforderlich ist. |

Für die Gast- und Schankwirthe ꝛc. bestimmt

| der Entwurf: | das Gesetz: |
| --- | --- |
| §. 33. Wer Gastwirthschaft, Schankwirthschaft oder Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus betreiben will, bedarf dazu der polizeilichen Erlaubniß. | §. 33. Wer Gastwirthschaft, Schankwirthschaft oder Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus betreiben will, bedarf dazu der Erlaubniß. |
| Diese Erlaubniß ist zu versagen:<br>1) wenn der Nachsuchende nicht seine Zuverlässigkeit in Beziehung auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb nachweist;<br>2) wenn das zum Betriebe des Gewerbes bestimmte Local wegen seiner Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügt; | Diese Erlaubniß ist nur dann zu versagen:<br>1) wenn gegen den Nachsuchenden Thatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß er das Gewerbe zur Förderung der Völlerei, des verbotenen Spiels, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit mißbrauchen werde;<br>2) wenn das zum Betriebe des Gewerbes bestimmte Local we- |

3) wenn ein Bedürfniß zu einer solchen Anlage nicht vorhanden ist.

Von dieser letzteren Bedingung (zu 3) ist jedoch bei den Gastwirthschaften in Orten von mehr als 1000 Einwohnern abzusehen.

gen seiner Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügt.

Es können jedoch die Landes-Regierungen, soweit die Landes-Gesetze nicht entgegen stehen, die Erlaubniß zum Ausschänken von Branntwein und Spiritus auch von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig machen.

Die Behandlung bei den Giftgeschäften enthält nun offenbar eine Verschärfung der Vorschriften des Entwurfs, indem die dort den Landesgesetzen eingeräumte Latitude erweitert wird; was hingegen die Wirthschaftsgewerbe ꝛc. betrifft, so ist an Stelle der obligatorischen Bedürfnißfrage bei Orten unter 1000 Einwohnern eine Art facultativer aller Arten eingeführt, ein Ergebniß von dem sich schwer sagen läßt, ob es im Resultat eine Verschärfung der früheren Bestimmungen und einen Widerspruch gegen das angenommene Princip enthält. Wer aber die Verhandlungen darüber liest und gewahrt, wie in der That die Einführung dieser „Bedürfnißfrage" von Gegnern und Anhängern als eine „Frage" angesehen und behandelt worden ist, der wird gerade in dieser Behandlung einer übrigens zweifelhaften Abweichung von dem angenommenen Princip eine Bestätigung desselben für die übrigen Fälle finden.

Zu dem obigen Kataloge des Gifthandels und der Gastwirthschaftsgewerbe ꝛc. scheinen nun noch diejenigen Gewerbe hinzuzutreten, die den Gegenstand der folgenden Untersuchung bilden: es betrifft dies die Gewerbe des §. 37 des Gesetzes, das ist derjenigen Person, welche innerhalb der Orte Wagen, Gondeln, Pferde zur Benutzung halten, sowie das Gewerbe derjenigen Personen, welche auf öffentlichen Straßen oder Plätzen ihre Dienste anbieten, Droschkenkutscher, Dienstmänner, Lohndiener, Fremdenführer ꝛc. Es lautet nämlich, und zwar im Wesentlichen übereinstimmend mit den Beschlüssen 2. Lesung:

das Gesetz:

§. 37. Der Regelung durch die Ortspolizei-Behörde unterliegt die Unterhaltung des öffentlichen Verkehrs innerhalb der Orte durch Wa-

der Entwurf dagegen:

Die Landesgesetze können vorschreiben:

1) . . . . . . . . . . .

2) daß . . . . Personen, welche

gen aller Art, Gondeln, Sänften, Pferde und andere Transportmittel, sowie das Gewerbe derjenigen Personen, welche auf öffentlichen Straßen oder Plätzen ihre Dienste anbieten.

auf öffentlichen Straßen oder Plätzen Wagen, Pferde, Sänften, Gondeln oder andere Transportmittel zu Jedermanns Gebrauch bereit halten wollen, ihre Zuverlässigkeit in Bezug auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb vor Beginn des letzteren den Polizeibehörden nachzuweisen haben.

Während demnach nach der Vorlage lediglich der Nachweis der Zuverlässigkeit durch landesherrliche Anordnung gefordert werden konnte, unterliegen nach dem Gesetze die Gewerbe der „ortspolizeilichen Regelung", wie wir sie denn auch in Folgendem ortspolizeilich regulirte Gewerbe nennen werden. Was ist nun unter ortspolizeilicher Regulirung zu verstehen? Das Gesetz selbst giebt keine Definition dieses Begriffes, und wenn man erwägt, daß derselbe eine wenigstens in Preußen und einer Reihe anderer Staaten unbekannte Terminologie enthält, so liegt unzweifelhaft darin ein Mangel; aber man hat sich zu helfen gewußt, und über unsern Begriff hat sich eine Auffassung gebildet, die man wohl als eine allgemeine bezeichnen kann; dieselbe ist ausgedrückt in den zahlreichen Verordnungen, Anweisungen, Bekanntmachungen, Publicanden, Verfügungen, Erlassen und Gesetzen[1]), welche von den Landes-Regierungen zur Ausführung der Gewerbeordnung publicirt worden sind. Besondere Beachtung verdient nicht blos wegen der Größe ihres Geltungsgebietes, sondern mehr noch wegen ihrer autorativen Bedeutung die preußische Instruction; dieselbe hat nämlich einer großen Anzahl von anderen Staaten als Muster gedient. Es heißt nämlich in der Anweisung zur Ausführung der Gewerbeordnung für den Nordd. Bund vom 21. Juni 1869 (Ministerial-Bl. f. d. innere Verwaltung S. 200:) a. 1 sub Nr. 14:

„Die durch die Verkehrs-Interessen gebotene Regelung der im §. 37 bezeichneten Straßengewerbe ist fortan lediglich in das Ermessen der Ortspolizei-Behörden gestellt, und zwar nach der Absicht des Gesetzes ohne diejenigen Einschränkungen, welche durch die Landesgesetzgebung, namentlich auch durch §. 49 der Allgemeinen

[1]) Vergl. dieselben im Archiv des Nordd. Bundes und des Zoll-Vereins. III. 1871 von Koller.



Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 in der Fassung des Gesetzes vom 22. Juni 1861 vorgeschrieben waren. Die polizeilichen Anordnungen werden sich demgemäß nicht nur auf die Art der Ausübung dieser Gewerbe selbst, sondern auch auf die Bedingungen der Zulassung zu denselben zu erstrecken haben. Sie sind lediglich von den localen Bedürfnissen eines jeden Ortes abhängig, müssen indessen jedenfalls in genereller Weise, d. h. in der Form von Polizei-Verordnungen, getroffen werden."

Wesentlich hiermit übereinstimmend äußern sich die Gesetzgebungen von Hessen, den beiden Mecklenburg, Waldeck und Lauenburg.

Vorsichtig drückt sich Sachsen aus, während Hamburg und Bremen auf die bestehenden Vorschriften Bezug nehmen.

Auf Grund dieser Auffassung ist denn auch seit dem Bestehen der Gewerbe-Ordnung eine Reihe von Polizei-Verordnungen zur Regelung der qu. Gewerbe ergangen, insbesondere Droschken-Ordnungen, von denen mir augenblicklich das Polizei-Reglement für das Droschken-Fuhrwesen der Stadt Breslau vom 17. Juni 1872 vorliegt. Nach dieser Verordnung ist eine Concession erforderlich, welche versagt werden kann, wenn die Betriebsmittel (Fuhrwerke, Pferde und Geschirre) der Verordnung nicht entsprechen, sodann wenn im Interesse des öffentlichen Verkehrs nach dem Ermessen der Polizei-Behörde eine Vermehrung der Droschkenfuhrwerke unzulässig oder die Verminderung derselben nothwendig ist, endlich, unter Wiederholung des von dem Gesetze perhorrescirten Ausdruckes, wenn der Nachsuchende von der Polizei-Behörde nicht für „zuverlässig" erachtet wird. Dem Concessionar kann sodann der Fortbetrieb des Droschkenfuhrwerks untersagt werden, wenn er nach dem Ermessen der Polizei-Behörde nicht mehr den erforderlichen Grad der Zuverlässigkeit besitzt, unter dessen Voraussetzung ihm die Erlaubniß zum Gewerbebetriebe ertheilt worden war.

Dieselbe Auffassung des §. 37 wird auch von Berger[1]) getheilt. Derselbe führt zu §. 37 die citirten Worte der preußischen Anweisung an und verknüpft sie mit der Bemerkung, daß für die Fälle des §. 37 die Versagung der Genehmigung und deren spätere Entziehung, die dann in dem vorgeschriebenen Verfahren erfolgen müsse, eintreten könne.

Bei der Wichtigkeit der in Rede stehenden Gewerbe erscheint eine Prüfung der vorgetragenen Auffassung über den Begriff der ortspoli-

[1]) Textausgabe der Deutschen Reichs-Gewerbe-Ordnung 1872.

zeilich regulirten Gewerbe gewiß angezeigt. Für diese findet sich jedoch in den Verhandlungen des Reichstages fast gar kein Material; kaum daß vom Tische des Bundesrathes, dessen Vertretern im Uebrigen eine hervorragende Beherrschung des Stoffes innewohnte, eine darauf bezügliche Aeußerung fiel: die Motive sodann sprechen sich zwar über den Begriff der ortspolizeilichen Regulirung aus, indeß erscheint die Bedeutung ihrer Sätze mindestens problematisch.

Sollte es nun nicht gelingen, diesen Paragraphen aus anderen, mit denen er im Zusammenhange steht, zu erklären? In dieser Beziehung dürften in erster Linie diejenigen Artikel, in denen §. 37 allegirt ist, entscheidend sein. In dem ganzen Gewerbe-Gesetze findet sich indeß unser Paragraph nur an einer einzigen Stelle citirt, nämlich in §. 40. Berger meint nun, derselbe sei an andern Stellen des Gesetzes lediglich übersehen worden, und führt nicht weniger als vier Paragraphen auf, nämlich 53, 54, 143 und 148, zu denen der Gesetzgeber die Einfügung des §. 37 versäumt hätte. Zu dieser Annahme führt diesen Schriftsteller die Consequenz des nach dem Allegat §. 40 vermutheten gesetzgeberischen Gedankens. Es ist nun freilich nicht ungerechtfertigt, wenn sich der Interpret bei unserm Gesetz mit der Annahme von Mängeln und Versehen behilft; indeß bei dem vorhandenen Verhältniß von 4 zu 1 lag doch die Vermuthung nahe, daß nicht an diesen vier sondern an der einen Stelle ein Versehen vorliegt. Diese Annahme bestätigt sich dann auch zu einem unanfechtbaren Resultat. Zu diesem Zwecke erscheint es erforderlich, daß wir außer dem Text des Gesetzes den Entwurf und die Beschlüsse zweiter Lesung zusammenstellen.

| Der Entwurf: | Beschluß 2. Lesung: | Das Gesetz: |
|---|---|---|
| §. 34. | §. 34 resp. §. 31. | §. 34. |
| Die Landesgesetze können vorschreiben:<br>1) daß Diejenigen, welche aus der Ertheilung von Tanz-, Fecht-, Turn- oder Schwimmunterricht ein Gewerbe machen, vor Beginn des Gewerbebetriebes ihre Zuverlässigkeit in Bezug auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb nachweisen müssen; | 1) Die Landesgesetze können vorschreiben, daß Diejenigen, welche Gifte feil halten, einer besonderen Genehmigung bedürfen. (Antrag Runge.)<br>2) Denjenigen, welche aus der Ertheilung von Tanz-, Fecht-, Turn- oder Schwimmunterricht ein Gewerbe machen wollen, kann der Beginn des Gewerbebetriebs untersagt werden, | Die Landesgesetze können vorschreiben, daß zum Handel mit Giften und zum Betriebe des Lootsengewerbes besondere Genehmigung erforderlich ist, ingleichen daß das Gewerbe der Markscheider nur von Personen betrieben werden darf, welche als solche geprüft und konzessionirt sind. (Antrag Fries). |

### Der Entwurf:

2) daß Diejenigen, welche Gifte feilhalten, Kammerjäger, Pfandleiher, Gesindevermiether, Unternehmer von Badeanstalten, Diejenigen, welche den Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche oder den Kleinhandel mit altem Metallgeräth oder Metallbruch betreiben (Tröbler) oder mit Garnabfällen, Enden oder Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen handeln wollen, und Personen, welche auf öffentlichen Straßen oder Plätzen Wagen, Pferde, Sänften, Gondeln oder andere Transportmittel zu Jedermanns Gebrauch bereit halten wollen, ihre Zuverlässigkeit in Beziehung auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb vor Beginn des letzteren der Polizei-Behörde nachzuweisen haben;

3) daß das Gewerbe der Feldmesser, Markscheider, Auctionatoren, Lootsen aller Art, Dispacheurs, Derjenigen, welche den Feingehalt edler Metalle oder die Beschaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waaren irgend einer Art feststellen, der Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Braaker, Schauer, Stauer rc., nur von den-

### Beschluß 2. Lesung:

wenn sie wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind. (Antrag Runge.) Ingleichen kann Denjenigen, welche den Handel mit gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche oder der Kleinhandel mit altem Metallgeräth oder Metallbruch betreiben (Tröbler) oder mit Garnabfällen, Enden oder Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen handeln wollen, der Gewerbebetrieb untersagt werden, wenn sie wegen Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigenthum aus Gewinnsucht bestraft worden sind. (Antrag Fries.)

3) Der Regelung durch die Ortspolizei unterliegt die Unterhaltung des öffentlichen Verkehrs innerhalb der Orte durch Wagen aller Art, Gondeln, Sänften, Pferde und andere Transportmittel, (Antrag Runge) sowie das Gewerbe derjenigen Personen, welche auf öffentlichen Straßen oder Plätzen ihre Dienste anbieten. (Unterantrag Harnier.)

4) Das Gewerbe der Feldmesser, Auctionatoren, Derjenigen, welche den Feingehalt edler Metalle oder die Beschaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waaren irgend einer Art feststellen, der Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Braaker, Schauer,

### Das Gesetz:

§. 35. Die Ertheilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht als Gewerbe darf Denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind. Antr. Friedenthal.

Der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgeräth oder mit Garnabfällen oder Metallbruch (Tröbel) oder Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen, ferner das Geschäft eines Pfandleihers kann Demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigenthum bestraft worden ist. (Antrag Friedenthal).

Das Geschäft eines Gesindevermiethers kann Demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigenthum oder wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft worden ist. (Antrag Friedenthal).

Personen, welche die in diesem Paragraphen bezeichneten Gewerbe beginnen, haben bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebs der zuständigen Behörde hiervon Anzeige zu machen. (Antrag Friedenthal).

**Der Entwurf:**

jenigen Personen betrieben werden darf, welche als solche von den verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Communal-Behörden oder Corporationen bestellt oder concessionirt sind.

**Beschluß 2. Lesung:**

Stauer &c., darf zwar frei betrieben werden, es bleiben jedoch die verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Communal-Behörden oder Corporationen auch ferner berechtigt, Personen, welche diese Gewerbe betreiben wollen, unter Beobachtung der bestehenden Vorschriften zu beeidigen und öffentlich anzustellen. (Antrag Runge). 5) Die Landesgesetze können vorschreiben, daß das Gewerbe der Markscheider nur von denjenigen Personen betrieben werden darf, welche als solche geprüft und concessionirt sind, (Antrag Stumm) und so lange kein Bundesgesetz darüber erlassen ist, daß Diejenigen, welche das Lootsengewerbe betreiben wollen, einer besonderen Genehmigung bedürfen. (Antrag Weigel).

**Das Gesetz:**

§. 36. Das Gewerbe der Feldmesser &c. wie in der zweiten Lesung.

Die Bestimmungen der Gesetze, welche den Handlungen der genannten Gewerbetreibenden eine besondere Glaubwürdigkeit beilegen oder an diese Handlungen besondere rechtliche Wirkungen knüpfen, sind nur auf die von den verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Communal-Behörden oder Corporationen angestellten Personen zu beziehen. (Antrag Friedenthal und v. Luck).

§. 37. Die Regelung durch die Ortspolizeibehörde &c. wie in der zweiten Lesung. Antrag Friedenthal.

---

**Der Entwurf:**

§. 37.

Die in den §§. 29 bis 33 und im §. 34 unter 1 und 2 erwähnten Approbationen und Genehmigungen sind, vorbehaltlich der Bestimmungen der §§. 51 und 52 und 157 bis 160 unwiderruflich.

**Beschluß 2. Lesung:**

§. 37, resp. 34.

Die in den §§. 26 bis 31 Absatz 1 erwähnten Approbationen und Genehmigungen dürfen weder auf Zeit ertheilt, noch vorbehaltlich der Bestimmungen der §§. 47 und 48 und 137 widerrufen werden. (Antrag Runge). Gegen Versagung der Genehmigung zum Betriebe eines der in den §§. 27, 29, 30 und 31 erwähnten Gewerbe ist der Recurs zulässig. Wegen des Verfahrens und der Behörden gelten die Vorschriften der §§. 17 und 18. (Antrag Lasker).

**Das Gesetz:**

§. 40.

Die in den §§. 29 bis 34 erwähnten Approbationen &c. wie in der zweiten Lesung, vorbehaltlich der drei Ziffern der Allegate. (Antrag Runge.) Gegen Versagung der Genehmigung zum Betriebe eines der in den §§. 30, 32, 33 u. 34, sowie gegen Untersagung des Betriebes der in den §§. 35 u. 37 erwähnten Gewerbe ist der Recurs zulässig. Wegen des Verfahrens &c. wie in der zweiten Lesung vorbehaltlich anderer Allegate. (Antrag Runge.)

Hierzu diene Folgendes als Erläuterung:

Zu dem Entwurfe wurden in zweiter Lesung unter anderen Seitens der Abgeordneten Runge und v. Hennig Anträge auf Abänderung des §. 34 gestellt und dieselben mit einigen von den Abgeordneten Fries, Harnier, Weigel und Stumm beantragten Zusätzen zu Beschlüssen erhoben. Zu §. 37 war gleichfalls von diesen Antragstellern die später beschlossene Fassungsänderung Alinea 1 beantragt, daneben aber als Abs. 2 nach dem Antrag des Abgeordneten Lasker die Hinzufügung des Alinea zweiter Lesung beschlossen worden.

In dieser Fassung waren aber die beiden Paragraphen nicht haltbar: denn abgesehen von der mangelhaften Redaction des §. 34 war das Laskersche Amendement auf den §. 34 des Entwurfs, nicht aber auf den zweiter Lesung berechnet gewesen und daher nunmehr incongruent. Denn von einer Versagung der Genehmigung zum Betriebe, von der das Laskersche Amendement sprach, konnte ja nach dem veränderten Paragraphen nur in gewisser Hinsicht die Rede sein, nämlich in den Fällen lediglich, die eine Genehmigung erforderten, wie das Gewerbe der Gifthändler, Lootsen und Markscheider, während für die Gewerbe der Tanz-, Turn- und Schwimmlehrer, Trödler und Pfandleiher wenigstens nicht von einer Versagung der Genehmigung, sondern von einer Untersagung des Betriebs, für die Gewerbe der Feldmesser, Auctionatoren aber überhaupt nicht von einer Entziehung der Gewerbeberechtigung gesprochen werden konnte.

Bei der Zusammenstellung der Beschlüsse zweiter Lesung erhielten nun der §. 34 des Entwurfs die Nr. 31, der §. 37 die Nr. 34, und nach dieser Zusammenstellung und zu derselben wurden sodann in der dritten Lesung die erforderlichen Verbesserungsanträge gestellt. Zu §. 31 der Beschlüsse zweiter Lesung gingen die Friedenthalschen Anträge von Fries und v. Luck durch. Dieselben hatten wesentlich die Richtung, den Beschlüssen zweiter Lesung insbesondere durch Theilung des §. 31 in 4 besondere Paragraphen, (bei Friedenthal Nr. 226 S. 691 bezeichnet §. 31, 31a, b. c,) eine geeignete Fassung zu geben. Zu §. 34 der Beschlüsse zweiter Lesung passirten hingegen die Anträge Runge, Dr. Stephani, Weigel, Nr. 216 S. 687, Nr. 16, da Friedenthal die seinigen zurückzog[1]). Diese Anträge lauten:

16 im §. 34:

[1]) Dieselben enthalten wohl einige Druckfehler, da sie in der jetzigen Fassung keinen Sinn geben. S. 691 Nr. 224, 3.

a. Absatz 1: die Worte „und 48" zu streichen;
b. in Absatz 2, Zeile 3: vor dem Worte „erwähnten" einzuschalten:
„Absatz 1 u. 5, sowie gegen die Untersagung des Betriebs der in dem §. 31, Absatz 2. und 3."

Diese Bezeichnung 2 und 3 bezog sich nun aber natürlich nicht auf die Friedenthalsche Abtheilung 31 b und c, sondern auf die eigenen Abtheilungen der Antragsteller, die sich indeß durch die Annahme der Friedenthalschen Anträge zu §. 31 erledigten. Die Antragsteller Runge, Stephani und Weigel hatten nämlich zu §. 31 beantragt: (Nr. 216 S. 687):

Nr. 14. Im §. 31 statt Absatz 2 folgende zwei Absätze zu bilden:

(1.) Die Ertheilung von Tanz-, Turn- und Schwimm-Unterricht 2c. wie oben im Gesetz.

(2.) Der Handel mit gebrauchten Kleidern 2c. wie oben im Gesetz.

Der erstere dieser beiden Sätze war somit nach den Antragstellern §. 31 Absatz 2, der letztere Absatz 3. Die Antragsteller verlangen nun zu dem §. 34 die Einfügung von Absatz 1, 2, 3 und 5 des § 31; den Absatz 4 aufzunehmen ist von den Antragstellern nicht beantragt; dieser Absatz ist aber im Sinne der Antragsteller kein anderer, als der von den ortspolizeilich regulirten Gewerben handelnde Artikel, das ist der nunmehrige §. 35.

Daß die Antragsteller in der That die einzelnen Sätze des §. 31 Abs. 2 als verschiedene Absätze bezeichnet wissen wollen, ergeben auch die weiteren Anträge derselben; so werden in einem Antrage zu §. 32 die Gewerbe der Trödler und Pfandleiher als „im §. 31 Abs. 3" stehend bezeichnet, und in einem Antrage zu §. 48 die Gewerbe der Tanz-, Turn- und Schwimmlehrer, sowie der Trödler und Pfandleiher als §. 31 Absatz 2 und 3 stehend[1]).

[1]) Der Sinn dieser damit beantragten Einschaltung erscheint übrigens nicht verständlich, und ist dieselbe gegenüber (§. 40 d. G.) für überflüssig zu erachten. §. 48 (§. 54 d. G.) müßte richtig heißen:

„Wegen des Verfahrens und der Behörden welche in Bezug auf die untersagte Benutzung einer gewerblichen Anlage (§. 51) und die Zurücknahme einer Approbation, Genehmigung oder Bestallung maßgebend sind, gelten die Vorschriften der §§. 20 und 21.

Richtiger und systematischer wäre freilich:

1) Den Absatz 2 §. 40 und Absatz 2 §. 51 zu streichen;
2) statt §. 54 zu setzen: Gegen Versagung der Genehmigung zum Betriebe eines der

Aus dieser Ausführung ergiebt sich zur Evidenz, daß eben so wenig wie in die §§. 38 und 54, in §. 40 das Allegat §. 37 hineingehört, und daß die Worte „§. 37“ einfach zu streichen sind. Einen Irrthum der Antragsteller anzunehmen, erscheint gerade um so weniger statthaft, als sich ja nun — in honorem des Gesetzes — die von Berger gerügten auffallenden Mängel beheben und als in der That die Fassung des Antrags „Abs. 1 und 5 und 2 und 3“ absichtlich gewählt und ein Versehen in der Zahl auszuschließen scheint.

Aus dieser Auseinandersetzung gewinnen wir zunächst nur das Resultat, daß selbst die eine und einzige Stelle, auf die der Interpret seine Hoffnung stellen zu können vermeint, uns im Stich läßt. Dies freilich erscheint ein negatives und wenig erquickliches Ergebniß, aber es fragt sich, ob es sich nicht auch positiv verwerthen läßt.

Nach der bisherigen Auffassung sollte nämlich die ortspolizeiliche Regulirung, im Uebrigen völlig discretionär, in dem einen Punkte in einer geordneten Verwaltungsrechtsprechung ihre Schranke finden.

Nun sehen wir, daß auch diese Schranke fällt; somit ist die Annahme in der preußischen wie in den übrigen Einführungsverordnungen, daß für die Untersagung der Gewerbe des §. 37, soweit für dieselben die polizeilichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ein förmliches Verfahren mit beschränktem Instanzenzuge eingeführt sei (II. Nr. 26 d. pr. Anw.) unzutreffend, die darauf gegründete Organisirung der Instanzen und des Verfahrens wenigstens im Sinne der gemeinen Meinung nichtig; denn nach Reichsgesetz unterliegt ja die Regulirung und damit auch die Zulassung des Recurses, sowie die Festsetzung der Instanzen ortspolizeilicher Bestimmung.

Hiernach kann es sich für die Auffassung des Begriffes der ortspolizeilichen Regulirung bei richtiger Stellung der Frage nur um die folgende Alternative handeln:

1) Es ist darunter die völlig discretionäre unbeschränkte polizeiliche Befugniß zu verstehen. Darnach kann die Ortspolizei den Betrieb der im §. 37 erwähnten Gewerbe, wenn nicht ganz untersagen, so doch nur einem Einzelnen gestatten, oder zwar allgemeine Normen für die Berechtigung zum Betriebe aufstellen, dieselben

in den §§. 30, 32, 33 und 34, sowie gegen Untersagung des Betriebes der in dem §. 35 erwähnten Gewerbe, der Benutzung einer gewerblichen Anlage (§. 51) und gegen die Zurücknahme einer Approbation, Genehmigung und Bestallung (§. 53) ist der Recurs zulässig; wegen des Verfahrens und der Behörden gelten die Vorschriften der §§. 20 und 21.

aber jeder Zeit ändern und zurücknehmen; sodann unter diese allgemeinen Normativbedingungen Requisite aufnehmen, die für alle übrigen Gewerbe unstatthaft sind, z. B. Civilversorgungsberechtigung, Unbescholtenheit auch bezüglich jedweder Polizeistrafe; weiter die Genehmigung nur auf Zeit und Widerruf ertheilen und den letzteren eintreten zu lassen, sei es ganz nach Willkür oder nach allgemeinen Normen, die im übrigen den Verlust der Gewerbeberechtigung nicht zur Folge haben, wie z. B. Verheirathung oder Krankheitszufälle; endlich für die Fälle der Entziehung der Berechtigung Instanzenzug und ein Verfahren anordnen oder ein solches völlig ausschließen.

2) Die zweite mögliche Auffassung ist, daß unter dem Rechte der ortspolizeilichen Regulirung lediglich die Befugniß, aus Rücksichten der Straßenpolizei den Betrieb der genannten Gewerbe zu regeln, zu verstehen sei. Zwar mag die ganze Unterscheidung verschiedener polizeilicher Thätigkeiten im letzten Grunde wissenschaftlich unhaltbar sein; aber es läßt sich wenigstens damit operiren, und um wissenschaftliche Fragen zu lösen und wissenschaftlichen Theorien gerecht zu werden, dazu ist überhaupt wohl kein Gesetz geschaffen, am wenigsten unsere Gewerbe-Ordnung, wie sie einmal ist. Die Befugniß der Ortspolizei würde also lediglich die Richtung haben, wie die Regierung selbst einmal ausführt, die Zahl der eine bestimmte Straße passirenden Omnibuslinien im Interesse des städtischen Verkehrs zu beschränken, ebenso den aufzustellenden Transportmitteln bestimmte Plätze anzuweisen u. s. w. S. 119, in den Motiven.

Wenn es sich nun darum handelt, sich für eine der Alternativen zu entscheiden, so wird, und wohl im Sinne aller derer, die unsere Stelle unbefangen lesen, das Bekenntniß gerechtfertigt sein, daß Licht und Schatten auf beiden Seiten gleich vertheilt scheinen. Der Ausdruck „ortspolizeiliche Regelung“ ist für den, welcher ihn nicht aus der früheren Landesgesetzgebung her kennt, so indifferent und so wenig technisch, daß es schwer hält, mit Entschiedenheit für die eine oder andere Auffassung einzutreten. Die folgenden Erwägungen haben mich indeß der letzteren Ansicht geneigt gemacht.

Um nämlich zuerst scheinbare Gegengründe zu widerlegen, so sind bezügliche Aeußerungen in den Motiven nicht geeignet, unsere Auffassung auszuschließen. Schon in der Reichstagscommission, die zur Berathung

des 68er Entwurfs eingesetzt war, ist bezüglich der in demselben in gleicher Art, wie in dem 69er Entwurf behandelten Gewerbe des §. 37 eine dem jetzigen Gesetze entsprechende Fassung beantragt worden[1]).

Dies giebt den Motiven der 69er Vorlage zu folgender Bemerkung Anlaß: (S. 119.)

> Bei (diesen Gewerben) ist eine vorgängige Prüfung der Zuverlässigkeit von Seiten des die Dienste benutzenden Publikums unmöglich; eine Concessionirung ist also sowohl in großen Städten, als auch für die Führer in Gegenden, wo ein zahlreiches Reisepublikum verkehrt, im Interesse der öffentlichen Sicherheit unerläßlich. Der Antrag der Kommission des Reichstags, lediglich auszusprechen, daß „die Unterhaltung der Wege innerhalb des Orts durch Wagen ꝛc. der Regelung durch die Ortspolizei-Behörde unterliegt", giebt der Willkür in Betreff der Zulassung zu diesen Gewerben einen ungleich weiteren Spielraum, als die Bestimmung des Entwurfs, welche beispielsweise die Bedürfnißfrage ausschließt. Der Vorbehalt aber, daß die Ausübung der Straßengewerbe dieser Art der Regelung durch die Ortspolizei-Behörde unterliege, ist nicht erforderlich, da der vorliegende Entwurf in den Bestimmungen über die Handhabung der Straßenpolizei im Interesse des öffentlichen Verkehrs, die außerhalb seines Bereiches liegen, nichts ändert. Ein ausdrücklicher Vorbehalt zu Gunsten dieser durch den Entwurf nicht berührten polizeilichen Bestimmungen, die nicht der Gewerbepolizei angehören, würde die unerwünschte Folge haben, daß er den durch §. 1 gezogenen Grenzen des Wirkungsbereichs des Entwurfs wieder unsicher machte."

Indeß die Berechtigung zu einer begrifflichen Unterscheidung zwischen Unterhaltung der „Communication" und „Ausübung der Straßengewerbe" erscheint wohl problematisch. Ueberhaupt ist die ganze Deduction unsicher, und wenn es erlaubt ist, für die Motive nach Motiven zu suchen, so beabsichtigen dieselben, die unzweideutige Vorlage aufrecht zu erhalten, hingegen den zweideutigen und der Interpretation einer Beschränkung der Polizei-Aufsicht fähigen Ausdruck der ortspolizeilichen Regulirung nach allen Seiten zu discreditiren. Was endlich den Schlußsatz betrifft, so ist zu bemerken, daß allerdings ein ausdrück-

---

[1]) Vergl. die übrigens nicht durch den Buchhandel veröffentlichten Protokolle, XI. S. 9. Dieselben liefern übrigens zur Entscheidung unserer Frage m. E. kein verwerthbares Material.

licher Vorbehalt nicht überflüssig ist, da, wie an einer andern Stelle auszuführen versucht werden wird, das Gewerbegesetz auch die Straßenpolizei, soweit sie eben gleichzeitig Gewerbepolizei, in ihr Bereich zieht.

An einer andern Stelle [1]) der Motive wird bemerkt, daß in den Landesgesetzen nicht überall die Bestimmungen, welche die Zulassung der Person zu dem betreffenden Gewerbebetriebe regeln, von denjenigen geschieden seien, welche die Ausübung der Gewerbe betreffen, beispielsweise der Nothwendigkeit besonderer polizeilicher Erlaubniß zu Verloosungen, öffentlichen Tanzbelustigungen. „Diese überall bestehenden Vorschriften bedürfen gegenüber der Fassung des §. 1 des Entwurfs eben so wenig des besonderen Vorbehalts, wie die Befugniß der Straßenpolizei, die Aufstellung von Fuhrwerken zum öffentlichen Gebrauch und die Einrichtung von Omnibuslinien im Interesse des öffentlichen Verkehrs zu regeln. Aus demselben Grunde findet sich in der Gewerbe-Ordnung kein Boden für die Aufnahme einer besonderen Kategorie von ortspolizeilich regulirten Gewerben, wie die Gewerbe-Ordnungen in Sachsen und Thüringen sie kennen.“ Hier wird denn in der That nur schlechtweg und ohne Unterschied von der „Regulirung durch die Ortspolizei" gesprochen und darunter lediglich die angeblich selbstverständliche straßenpolizeiliche Befugniß verstanden. Angesichts dieses Widerstreits läßt sich wohl aus den Motiven nicht ohne Grund das obige Facit ziehen.

Was die Reichstagsverhandlungen betrifft, so geben diese, wie erwähnt, kein directes Material. Aber wohl kann man indirect die Stellung der Antragsteller, sowohl im allgemeinen ihre politische, wie insbesondere ihr Verhalten bei Berathung der Gewerbe-Ordnung, als Interpretationsmittel benutzen. Dieselben (v. Hennig, Runge) huldigen bekanntlich wirthschaftlich freisinnigen Anschauungen; aber was hier wesentlich in das Gewicht fällt, gerade sie haben an den Fortschritten, wie sie im Eingange entwickelt worden, den wesentlichsten Antheil. Erscheint nun seitens dieser Antragsteller schon die Absicht, der Polizei eine so discretionäre Befugniß einzuräumen, wie sie allgemein und mit der durch §. 40 herbeigeführten Beschränkung verstanden wird, befremdlich, so steigert sich dieses Befremden, wenn, wie wir bewiesen haben, auch diese Schranke nicht beabsichtigt war.

Wie sollte angesichts der bedeutenden Garantien gegen etwaige

[1]) Verh. 1869 B. 3 S. 117.

Mißbräuche der Verwaltungsorgane, mit denen ein jedes Gewerbe umgeben worden ist, angesichts insbesondere der Einführung einer geordneten Verwaltungsrechtsprechung, gerade diese eine Kategorie von Gewerben so gänzlich vernachlässigt und so gänzlich polizeilichem Befinden, und zwar dem Befinden der untergeordneten polizeilichen Organe überlassen worden sein? Erklärlich wäre es gewesen, wenn man die Regelung dieser Gewerbe der Landesgesetzgebung überlassen oder bestimmte Normen von Reichs wegen festgesetzt, Abweichungen von denselben hingegen den Landesregierungen anheimgestellt (wie §. 33), oder diese Gewerbe überhaupt im §. 6 von den Regeln des Gesetzes ausgenommen hätte; es wäre letztern Falls bei den bisherigen Vorschriften der Landesgesetzgebungen verblieben: ein Resultat, das wohl schon aus dem Grunde sich empfahl, weil über die bisherige Behandlung dieser Gewerbe nirgends eine Klage und insbesondere nicht in dem Sinne erhoben worden war, daß dieselben die Erweiterung der polizeilichen Befugnisse erforderten. Nun soll nichts von alledem geschehen sein, die Reichsgesetzgebung vielmehr diese Gewerbe regulirt und erklärt haben, daß sie in den Umfang des Gewerbegesetzes fallen, — um sofort darauf auszusprechen, daß diese Regelung einfach in einer Nichtregelung ihrerseits bestehe, und daß die untersten Polizeiorgane auf diesem Gebiete das Reich und seine gesetzgeberische Befugniß vertreten. Erscheint es nun nicht undenkbar, dies als die Absicht der Antragsteller und der Gesetzgeber anzunehmen? und wie sollte ferner nicht, wenn ein derartiges Ergebniß wirklich von den Antragstellern beabsichtigt war, wenigstens eine Stimme laut geworden sein, die auf die Bedenklichkeit und Singularität der qu. Vorschläge hingewiesen und etwa den Versuch einer Remedur gemacht hätte? Von einem solchen Widerspruch ist nun nicht die Rede; die einzige Stimme, die über die in Rede stehenden Gewerbe sich hat verlauten lassen, ging von dem Bundesrathtische aus. Es war der Präsident des Bundes-Kanzleramts Delbrück, der mit Rücksicht auf das ursprüngliche Rungesche Amendement, welches nur das Gewerbe der öffentlichen Fuhrwerke der Regelung durch die Ortspolizeiverwaltung vorbehalten wissen wollte, folgende Worte sprach:

„Die Herren Antragsteller wollen zwar ferner den Betrieb des öffentlichen Fuhrwerks der Regelung durch die Ortspolizei vorbehalten, also in der Beziehung eine gewisse Aufsicht zulassen; sie haben aber davon ausgenommen den Betrieb derjenigen Personen,

welche auf öffentlichen Straßen oder Plätzen ihre Dienste anbieten . . ." [1])

Wenn nun irgend eine Aeußerung der Bestätigung unserer Auffassung günstig erscheint, so ist es wohl diese; denn unter der „gewissen Aufsicht", der nach Ansicht des Präsidenten Delbrück unsere Gewerbe unterliegen, kann kaum die discretionäre Befugniß der Polizei, wie man sie allgemein auffaßt, noch weniger die, wie sie consequenter Weise aufzufassen wäre, verstanden sein, wohl aber die aus Rücksichten der Straßenpolizei hergeleitete Befugniß.

Ein weiteres Moment zu Gunsten unserer Auffassung läßt sich ferner wohl aus dem gesetzgeberischen Verhalten der Landesregierungen entnehmen, und zwar indem sie trotz zweifelhafter Berechtigung der Willkür der Ortspolizei Grenzen zu ziehen suchten. Eine solche Schranke der polizeilichen Gewalt erscheint nun zwar nicht in der Einführung des Recursverfahrens, da dieses auf dem oben behandelten Mißverständnisse beruht, wohl aber in der oben angeführten Vorschrift der preußischen Instruction, wonach die Anordnungen der Polizei zur Regulirung der qu. Gewerbe jedenfalls in genereller Weise, d. h. in der Form von Polizei-Verordnungen zu erlassen sind. Diese Vorschrift — übrigens adoptirt von einer Reihe anderer Staaten — erscheint willkürlich in so fern, als nach der üblichen Auffassung des Textes §. 37 das Erforderniß einer generellen Verfügung nicht existirt; sodann verfassungsmäßig nicht haltbar, in so fern als im Widerstreit mit der Reichsverfassung die Landesregierungen durch Landesgesetze (Verordnungen) eine durch Reichsgesetz den Ortspolizeibehörden ertheilte unbeschränkte Befugniß beschränken wollen. Wohl aber läßt sich daraus entnehmen, daß auch die Landesgesetze über die Richtigkeit der von ihnen beliebten Auslegung Zweifel hatten und deren Consequenzen für bedenklich hielten, eine Thatsache, die um so schwerer in das Gewicht fällt, als denselben die eigentliche Tragweite des §. 37 nicht bekannt war.

Endlich könnte für unsere Auffassung auch noch die Quelle unseres Gesetzes, nämlich die sächsische Gewerbegesetzgebung angezogen werden. Das sächsische Gewerbegesetz vom 15. October 1861 lautet:

„§. 13. Ortspolizeilich regulirte Gewerbe.

Der Regelung durch die Ortspolizeibehörde unterliegen

1) das Musikmachen an öffentlichen Orten;

2) die Production öffentlicher Schaustellungen aller Art;

[1]) B. 1 S. 383. a. a. O.

3) die Unterhaltung der Communication innerhalb der Orte durch Fiacres, Droschken, Omnibus, Gondeln, Sänften rc.

4), 5), 6). . . .

Der Ortspolizei steht es frei, die Erlaubniß zum Gewerbebetriebe auf die mit besonderer Concession von ihr versehenen Personen und Anstalten zu beschränken.

§. 14. Fortsetzung.

Die Aufstellung verpflichteter und mit Instructionen zu versehender Personen für Dienste, welche besonderes Vertrauen in Anspruch nehmen, z. B. Lohndiener, Fremdenführer, Boten, Aufläder, Packer u. dergl., steht den Ortspolizeibehörden frei, jedoch ohne Beschränkung des Gebrauchs nicht verpflichteter Personen.

Zu diesem letzteren Paragraphen ist durch Gesetz vom 23. Juni 1868 folgender Zusatz hinzugefügt:

Die Ortspolizei-Behörde ist berechtigt, den von ihr verpflichteten Personen oder den Angehörigen gewisser von ihr autorisirter Institute der vorstehenden Art das ausschließliche Recht zur Führung besonderer Namen und Abzeichen, sowie zum Tragen besonderer Kleidung beizulegen.

Dieser Text war unsern Gesetzgebern wohl bekannt; ja es läßt sich wohl behaupten, daß derselbe ihnen als Muster gedient hat. Auf diese Weise erklärt sich auch leicht, daß entsprechend dem §. 13 des s. G. zuerst lediglich der Betrieb der öffentlichen Fuhrwerke Aufnahme gefunden hatte, während das Gewerbe der ihre Dienste auf öffentlichen Straßen oder Plätzen anbietenden Personen erst durch den Antrag Harnier Eingang fand.

Es ergiebt sich nun aber, daß das sächsische Gesetz unter der ortspolizeilichen Regulirung eines Gewerbes an sich nicht die Befugniß, den Betrieb eines Gewerbes von einer Concession abhängig zu machen, geschweige denn die völlig indiscretionären Befugnisse der Polizei verstanden wissen will. Denn die Gewerbe des §. 14 können nicht auf bestimmte Personen beschränkt werden, obgleich sie zu den ortspolizeilich regulirten gehören, und im §. 13 ist zwar eine Beschränkung der Berechtigung auf concessionirte Gewerbe zulässig; aber es bedurfte einer besondern Gestattung, da es aus dem Begriffe sich nicht zu ergeben schien. Indem nun unser Gesetz abweichend von seinem Vorbilde von einer Befugniß der Polizei zur Concessionirung dieser Gewerbe nicht

spricht, scheint es damit auszudrücken, daß es dieselbe nicht anerkennt.

Wenn wir nun im Vorstehenden unsere Ueberzeugung von der Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung ausgesprochen haben, so bedarf es kaum der Versicherung, daß diese Auffassung lediglich de lege lata gilt. Für den Gesetzgeber mag es triftige Gründe genug geben, diesen Gewerben eine ausnahmsweise Behandlung zu Theil werden zu lassen. Aber mag die heutige Praxis, mag selbst eine für die qu. Geschäfte noch ungünstigere Praxis praktisch sein, — es erfordert Recht und Billigkeit, für diese bedeutenden und achtbaren Gewerbe in dem Gesetze eine greifbare Basis zu schaffen. Bei einer neuen Redaction des Gesetzes, die nicht ausbleiben darf, wird sich dafür Gelegenheit finden; mögen dann die Anhänger freierer und strengerer Ansichten über die neuen Vorschläge discutiren; aber den Wunsch haben wir: sie mögen discutiren, damit nicht der Interpret wieder in die schwierige Lage kommt, von der die vorliegende Abhandlung Zeugniß gegeben hat.

---

# III.

# Anfechtung einer Pfandbestellung nach §. 101 Nr. 1 der Preuß. Concurs-Ordnung, wenn der Pfandinhaber in einem deutschen Bundesstaate wohnt, dessen Gesetzgebung jenes Anfechtungsrecht nicht kennt.

Von Herrn Rechtsanwalt Kretschmann in Burg.

Bezieht sich der Ausdruck des §. 13 des Rechtshilfegesetzes vom 21. Juni 1869: „Beschränkung der Verfügungsrechte des Gemeinschuldners“ auf jenes Anfechtungsrecht?

Unterm 29. Juli 1870 wurde über das Vermögen des Kaufmanns S. zu Burg (Preußen) Concurs eröffnet. Am 7. Juli war ein von D. in Hamburg auf S. gezogener Wechsel über 1255 Thaler fällig geworden; S. zahlte rechtzeitig den Theilbetrag von 255 Thalern und übergab dem Agenten des D. in Magdeburg am 15. Juli fünf Antheilsscheine des Magdeburger Bank-Vereins à 200 Thaler, mit dem Auftrage, dieselben in Hamburg zu lombardiren. Die Scheine langten am 17. Juli bei D. in Hamburg an, welcher jedoch den angestellten Wechselprozeß auf Zahlung des Restes von 1000 Thalern fortsetzte, ohne die Werthpapiere zu remittiren.

Im Laufe des Concurses wurde der Tag der Zahlungseinstellung auf den 7. Juli zurückdatirt, und dieser Tag ist, ungeachtet einer Klage des D. nach §. 122 der Preußischen Concurs-Ordnung in zwei Instanzen aufrecht erhalten worden.

Inzwischen ließ D. den Concursverwalter vor das Handelsgericht zu Hamburg laden und beantragte dort ein Erkenntniß dahin, daß er berechtigt sei, wegen der Restforderung aus dem Wechsel und eines anderweiten Guthabens von 86 Thalern durch Verkauf jener Antheilsscheine (öffentlich oder nach Art. 311 des Handels-Ges.-Buches) sich bezahlt zu machen.

Das Handelsgericht zu Hamburg hat auch demgemäß unterm 23. October 1871 erkannt. Bezüglich der eigenen Competenz hat dasselbe erwogen, daß

der Art. 315 des Handels-Ges.-B. den Gläubiger, welchem das Zurückbehaltungsrecht nach dem Art. 313 oder 314 zusteht, ausdrücklich

befugt, bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte den Verkauf zu beantragen, der verklagte Verwalter auch im vorliegenden Falle dem Kläger solche Befugniß nur deshalb absprechen will, weil es sich hier nicht um ein Retentionsrecht, sondern um ein Pfandrecht handle;

daß aber, wie vom Bundes-Ober-Handels-Gericht in seinem Urtheil vom 2. März d. J. ausgeführt,

(Vgl. die Entscheidungen des Bundes-Ober-Handels-Gerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes, Band II. Heft I. Nr. 15 S. 77 ff.)

bei Bestellung eines Faustpfandes unter den vorliegenden Umständen die besonderen gesetzlichen Retentionsbefugnisse als das Mindeste vorausgesetzt werden müssen, was nach dem Willen der Contrahenten hat gewährt werden sollen, mithin auch dem Kläger das Recht nicht abgesprochen werden kann, bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte seinen Anspruch zu erheben.

In der Sache selbst wird den hamburgischen Rechtsnormen im Gegensatz zu dem preußischen Anfechtungsrechte der Gläubigerschaft der Vorzug vor dem letzteren gegeben, indem es weiter heißt, daß

mit den klägerischerseits in Bezug genommenen Erkenntnissen Dr. Antoine Feill wider Matthies u. Co. und Beinbruch wider Frank.

(Vgl. Kierulff Bd. II. S. 606 ff. und Bd. I. S. 647.)

davon auszugehen ist, daß der Tag, welcher von dem Gerichte in Burg als der Tag der Zahlungseinstellung fixirt worden, für die Retentionsbefugniß des Klägers nicht der entscheidende ist, demselben das Retentionsrecht vielmehr nur dann abzusprechen wäre, wenn er erst nach der Eröffnung des Concurses die fraglichen Antheilsscheine erworben hätte,

und daß Kläger berechtigt ist, die Retention unter denjenigen Voraussetzungen und mit den Wirkungen aufrecht zu erhalten, unter und mit welchen das hamburgische Recht dieselbe verstattet, entgegenstehende Bestimmungen der preußischen Concursordnung mithin nicht maßgebend sind;

da es demnach keiner Untersuchung bedarf, ob die Antheilsscheine am 15. Juli, wie Kläger behauptet, oder am 17. Juli, wie Beklagter angiebt, dem Fürstenberg für den Kläger übergeben sind, weil erst am 29. Juli auf desfallsigen Antrag vom 26. und 28. Juli der Concurs über Simon eröffnet ist, und Kläger, welcher

unbestrittenermaßen den Besitz der fraglichen Papiere auf rechtliche Weise erlangt hat, — nach dem, dem Obigen zufolge maßgebenden hamburgischen Recht zweifellos befugt ist, aus den unter solchen Umständen in seinen Besitz gelangten Papieren vorzugsweise Befriedigung zu verlangen.

Was die Bestimmungen des Rechtshülfegesetzes vom 21. Juni 1869 (Bund.-Ges.-Bl. S. 305) anlangt, so nimmt das gedachte Erkenntniß an, daß diese zu einem andern Ergebnisse auch nicht führen, indem, wie es ferner heißt,

der §. 17 dieses Gesetzes ausdrücklich bestimmt, daß Gläubiger, welche sich kraft eines Pfand- oder Retentionsrechtes in dem Besitz eines abzuliefernden Vermögensstückes befinden, in keinem Falle verpflichtet sind, vor ihrer Befriedigung das Vermögensstück zur Concursmasse abzuliefern.

Die Entscheidung ist nicht ohne Interesse, aber auch nicht ohne Bedenken; von einem preußischen Gericht würde dem Datum der Zahlungseinstellung, wie ihn das Concursgericht festgesetzt hat, wahrscheinlich eine weiter gehende Bedeutung beigelegt sein; denn nach §. 101 der Concurs-Ordnung unterliegt die Bestellung von Pfand zur Sicherung von Verbindlichkeiten, die bereits vor Einräumung des Pfandes entstanden sind, in der Regel der Anfechtung, wenn sie seit dem Tage der Zahlungseinstellung oder innerhalb der nächst vorangegangenen 10 Tage vorgenommen ist. Das Pfand- oder Retentionsrecht, wie es D. im vorliegenden Falle beansprucht, gründet sich auf eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners, welche erst nach dem 7. Juli, dem Tage der rechtskräftig festgestellten Zahlungseinstellung, vorgenommen ist und das Verfügungsrecht des Gemeinschuldners würde nach preußischen Konkursrecht dergestalt für beschränkt zu erachtet gewesen sein, daß S. am 15. Juli ein wirksames Pfandrecht für eine schon früher bestandene Schuld nicht mehr einräumen konnte. Wenn es demnach richtig ist, daß Preußische Gerichte den D. hätten verurtheilen müssen, die fünf Antheilsscheine einfach zur Concursmasse abzuliefern und das Verlangen einer vorzugsweisen Befriedigung des D. aus jenen Werthpapieren zurückzuweisen, weil es ihm an einem durchgreifenden Pfandrecht gebrach, so würde ein Hauptzweck des Rechtshülfegesetzes gefährdet erscheinen, wenn ein hamburger Staatsangehöriger zu einer vorzugsweisen Befriedigung berechtigt bliebe, wenn also ungeachtet des in Preußen eröffneten Concurses dem Hamburger das von dem Rechte des

Concursgericht abweichende Hamburgische Recht zu Statten kommen müßte.

Freilich bestimmt der §. 17 des Rechtshilfegesetzes, daß Gläubiger, welche sich Kraft eines Pfand- oder Retentionsrechtes in dem Besitz eines abzuliefernden Vermögensstücks befinden, dies vor ihrer Befriedigung zur Concursmasse nicht abzuliefern brauchen. Allein es wird in dieser Bestimmung sicherlich vorausgesetzt, daß das Pfand- oder Retentionsrecht sowohl rechtsgiltig entstanden ist, als auch unanfechtbar dasteht. Die Entscheidung hierüber wird aber nicht anders, als nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden können, wo das Pfand- oder Retentionsrecht entstanden ist, mithin in unserem Falle nach Preußischem Gesetze, da die Hingabe und die Besitzübertragung der fünf Antheilsscheine an den Agenten des D. in Magdeburg vollzogen ist. Die Anwendung der **statuta mixta** zur Beurtheilung der Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages ist ja nicht nur in Preußischen, sondern gerade im gemeinen Deutschen Rechte anerkannt.

> v. Savigny System VIII: (S. 274), Waechter im Archiv für civilistische Praxis Bd. XXV. S. 408; Koch Note 44 Absatz 2 im Commentar zu §. 33 der Einleitung zum A. L.-R.

Dieser Maßstab der Beurtheilung war, wie es scheint, auch vom Hamburger Gericht anzuwenden und, wenn die Preuß. Rechts-Normen das Pfandrecht des D. als anfechtbar erscheinen lassen, dem etwa entgegenstehenden Hamburgischen Rechte nicht der Vorzug zu geben, weil jenes Pfandrecht im Rechtsgebiet des Preußischen Rechtes bestellt worden war. Es kommt jedoch hinzu, daß auch das Rechtshilfegesetz die Gleichstellung der Angehörigen verschiedener deutschen Staaten bezüglich ihrer Stellung im Concurse noch ausdrücklich vorschreibt, wenn es im §. 13 anordnet,

> das in einem Bundesstaate eröffnete Concursverfahren . . . äußert . . . seine Wirkung in dem gesammten Bundesgebiete. Dies gilt insbesondere von den Beschränkungen, welche die Verfügungs- und Verwaltungsrechte des Gemeinschuldners erleiden, und von dem Uebergange dieser Rechte auf die Gläubigerchaft.

Das Preußische Concursrecht, indem laut §. 101 der Concurs-Ordnung gewisse Rechtshandlungen des Gemeinschuldners zu Gunsten der Gläubigerschaft nur unter der Resolutivbedingung gelten läßt, daß nicht innerhalb 10 Tagen darauf eine Zahlungseinstellung erfolgt, schneidet in die Verfügungsfreiheit des Gemeinschuldners ein und die

bedingte Hinfälligkeit jener Rechtshandlungen wurzelt in den Beschränkungen, welche dem Dispositionsrechte eines in Concurs gefallenen Kaufmannes auferlegt sind. Demnach würde nach Ansicht des Einsenders der vorliegende Fall unter den §. 13 des Rechtshülfegesetzes zu subsumiren gewesen sein und die Anwendung dieses Paragraphen eine entgegengesetzte Beurtheilung nach sich gezogen haben.

Freilich könnte man einwenden, daß der §. 13 nur Beschränkungen im Auge hat, welche der Concurseröffnung nachfolgen, nicht aber Beschränkungen mit rückwirkender Kraft, wie die bedingte Unfähigkeit zu Rechtshandlungen, die der Concurseröffnung bis zum 10. Tage vor der Zahlungseinstellung vorangegangen sind, und es scheint, als ob der §. 15 Nr. 3 des Rechtshülfegesetzes diese Ansicht unterstützte, wenn er bestimmt, daß wenn in einem andern Staats- oder Rechtsgebiet gewisse Personen für den Fall eines Concurses berechtigt sind, auf Grund eines auf bestimmte Gegenstände beschränkten dinglichen Rechts aus diesen Gegenständen ihre vorzugsweise Befriedigung zu beanspruchen, sie so behandelt werden sollen, wie wenn der Concurs in demjenigen Staats- oder Rechtsgebiet ausgebrochen wäre, wo sich jene Gegenstände befinden.

Ja selbst die Protokolle des Bundesrathes scheinen nach dem Zeugniß von Endemann (Bd. 3. S. 463 dieser Zeitschrift) eine rückwirkende Kraft der Concurseröffnung nicht gewollt zu haben, namentlich nicht, insofern es sich um die Begründung einer Paulianischen Klage handelt.

Diese Ansicht würde mit der Entscheidung des Handelsgerichts zu Hamburg völlig vereinbar sein. Aber grade hieraus entsteht das Gefühl der Nothwendigkeit einer Weiterentwickelung des deutschen Rechtshilfesystems. Denn das dem Gesetze vorschwebende Princip:

> daß alle Angehörigen des Bundesstaats als Inländer zu betrachten sind,
>
> und daß das frühere Raubsystem des auf die Ausländer-Qualität gestützten Separatconcurses, sowie jedes Verfahren, wonach jeder Staat zuvörderst nur für seine Angehörigen sorgt, unter den jetzigen Bundesgliedern nicht fortbestehen kann,

würde einen bedeutenden Bruch erleiden, wenn die Paulianische Klage die das Preußische Recht der Gläubigerschaft gewährt, zu Gunsten eines Hamburger Bürgers schweigen sollte.

Einstweilen wird es nicht ungerechtfertigt sein, an dem Wortlaute

vom §. 13 des Rechtshülfegesetzes festzuhalten, dergestalt, daß die Beschränkung der Verfügungsrechte des Gemeinschuldners soweit gilt, wie das Recht des Bundesstaates, welcher den Concurs eröffnet hat, gebietet, ohne Rücksicht darauf, ob die anzufechtende Rechtshandlung der Concurseröffnung vorangeht oder nachfolgt.

Wir theilen umstehend das hier besprochene Erkenntniß des Hamburger Gerichts seinem Wortlaut nach mit.

---

## Hamburg,

### Handels-Gericht, Abtheilung IV.

1871, Montag den 23. October. Richter Dr. Buchheister, Oetling und Nottebohm.

B. Nr. 35.

In Sachen

Carl Düsterdieck, Kaufmann, Hopfensad 11, Klägers, für welchen Dr. Antoine Feill auftrat,

gegen

Rechts-Anwalt O. Freuding in Burg bei Magdeburg, als Verwalter der Concursmasse von Carl Simon daselbst, jetzt Dr. Eº Gompertz, Admiralitätstr. 7. m. n desselben, Beklagten, welcher bei der Publication des Erkenntnisses nicht gegenwärtig war,

erkennt das Handels-Gericht nach Anhörung beider Parteien:

daß die beklagtische Prozeß- und Sachlegitimation für hinreichend beschafft zu erachten und das Rubrum demgemäß wie oben geschehen festzustellen;

und in der Sache selbst:

da zunächst die Competenz des hiesigen Forums anlangend, der Art. 315 des Handels-Gesetzbuches den Gläubiger, welchem das Zurückbehaltungsrecht nach den Art. 313 oder 314 zusteht, ausdrücklich befugt, bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte den Verkauf zu beantragen, der beklagtische Verwalter auch im vorliegenden Falle dem Kläger solche Befugniß nur deshalb absprechen will, weil es sich hier nicht um ein Retentionsrecht, sondern um ein Pfandrecht handle;

daß aber, wie vom Bundes-Oberhandelsgericht in seinem Urtheil vom 2. Mai d. J. ausgeführt,

(vgl. die Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes, Bd. II Heft I Nr. 15 S. 77 flgd.)

bei Bestellung eines Faustpfandes unter den vorliegenden Umständen die besonderen gesetzlichen Retentionsbefugnisse als das Mindeste vorausgesetzt werden müssen, was nach den Willen der Contrahenten hat gewährt werden sollen, mithin auch dem Kläger das Recht nicht abgesprochen werden kann, bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte seinen Anspruch zu erheben;

da ferner

mit den klägerischerseits in Bezug genommenen Erkenntnissen Dr. Antoine Feill wider Mathies & Co. und Beinbrech wider Frank

(vgl. Kierulff Bd. II S. 606 ff. und Bd. I S. 647.)

davon auszugehen ist, daß der Tag, welcher von dem Gerichte in Burg als der Tag der Zahlungseinstellung fixirt worden, für die Retentionsbefugniß des Klägers nicht der entscheidende ist, demselben das Retentionsrecht vielmehr nur dann abzusprechen wäre, wenn er erst nach der Eröffnung des Concurses über S. die fraglichen Antheilsscheine erworben hätte,

und daß Kläger berechtigt ist, die Retention unter denjenigen Voraussetzungen und mit den Wirkungen aufrecht zu erhalten, unter und mit welchen das Hamburgische Recht dieselbe verstattet, entgegenstehende Bestimmungen der Preußischen Concursordnung mithin nicht maßgebend sind,

da es demnach keiner Untersuchung bedarf, ob die Antheilsscheine am 15. Juli, wie Kläger behauptet, oder am 17. Juli, wie Beklagter angiebt, dem Fürstenberg für den Kläger übergeben sind,

weil ausweise Anlage B erst am 29. Juli auf desfallsigen Antrag vom 26. und 28. Juli der Concurs über Simon eröffnet ist und Kläger, welcher unbestrittenermaßen den Besitz der fraglichen Papiere auf rechtliche Weise erlangt hat — nach dem, dem Obigen zufolge maßgebenden Hamburgischen Recht zweifellos befugt ist, aus den unter solchen Umständen in seinen Besitz gelangten Papieren vorzugsweise Befriedigung zu verlangen;

da auch die Bestimmungen des Rechtshilfe-Gesetzes zu einem anderen Ergebnisse nicht führen, indem der §. 17 dieses Gesetzes ausdrücklich bestimmt, daß Gläubiger, welche sich kraft eines Pfand- oder Retentionsrechts in dem Besitz eines abzuliefernden Vermögensstückes befinden, in keinem Falle verpflichtet sind, vor ihrer Befriedigung das Vermögensstück zur Concursmasse abzuliefern,

(vgl. auch die Erkenntnisse in S. Bruns wider Advocat Raethjen in Wagen vom 14. Februar und 20. März 1871, Handels-Gerichtszeitung 1871 S. 148).

da dem vorstehenden nach auch der aus §. 264 der preußischen Concursordnung gegen das petitum dahin gerichtete Einwand, daß

Kläger die Papiere vorbehaltlich seines Pfandrechts behufs Realisirung dem Verwalter der Concursmasse auszuliefern habe, sich ohne Weiteres erledigt und der schließliche Einwand, daß Kläger unter allen Umständen nur öffentlichen Verkauf, nicht aber Verkauf unter der Hand verlangen dürfe, dem Art. 311 des Handels-Gesetzbuches gegenüber, dessen bezügliche Bestimmungen unbedenklich auch auf den vorliegenden Fall Anwendung zu leiden haben, für zutreffend nicht erachtet werden kann:

daß in Ermangelung beklagtischer Zahlung libellirter Beträge von zusammen 1125 Thlr. 11 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen auf 1025 Thlr. 1 Sgr. vom 15. Juli und auf 86 Thlr. 20 Sgr. vom 16. Juli 1870 und den Kosten dieses Verfahrens, Kläger zu befugen, nach vorheriger Anzeige an den mand. nom. Beklagten aus den in seinen Händen befindlichen 5 Stück Antheilsscheinen des Magdeburger Bankvereins, sei es durch öffentlichen, sei es durch Verkauf unter der Hand in Gemäßheit Art. 311 des Handels-Gesetzbuches nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses sich bezahlt zu machen;

demselben auch in Bezug auf den durch den Erlös etwa nicht gedeckten Theil seiner Forderung alle Gerechtsame zu reserviren.

# Gehört die Pflichttheilsklage des preußischen allgemeinen Landrechts zu dem der Execution unterliegenden Vermögen?

Von Herrn Kreisrichter Dr. Bauer zu Reppen.

Der anfangs lebhafte Streit, welchen die die obige Frage verneinenden Entscheidungen des Königlichen Obertribunals vom 1. December 1862

(Entscheid. Bd. 49 S. 207 folg. Striethorst Archiv Bd. 46 S. 325 folg.)

und vom 16. April und 18. Juni 1866

(Entscheid. Bd. 56 S. 250 folg. — Striethorst Archiv Bd. 63 S. 235 folg. Preuß. Anwalts-Ztg. Jahrg. 1866 Sp. 630 folg.)

hervorgerufen haben, hat seit der Abhandlung von R. Koch in der deutschen Gerichts-Zeitung pro 1867 (1. Sem. S. 322, 323) und Gruchot's Bemerkungen in seinem Erbrechte (Bd. III S. 213) geruht.

Es soll nun noch einmal versucht werden, die in diesen Schriften angefeindete Ansicht unseres höchsten Gerichtshofs zu vertheidigen.

Der Schwerpunkt der Opposition liegt darin, daß die Gegner des Königl. Obertribunals das „Recht auf den Pflichttheil" im Sinne des preußischen allgemeinen Landrechts nach dem Vorbilde Mühlenbruch's nicht für ein „wahres Erbrecht", sondern für ein „reines Forderungsrecht" angesehen wissen wollen.

Dieserhalb und, um den noch nicht abgeklärten Begriff der Pflichttheilsklage festzustellen, wird der Nachweis der Unrichtigkeit dieser Mühlenbruch'schen Ansicht über das Wesen des Pflichttheilsrechts die nächste Aufgabe dieser Arbeit sein müssen und erst danach zu dem eigentlichen Thema übergegangen werden können.

Also

## I.

## Das Pflichttheilsrecht.

In Uebereinstimmung mit Suarez's Aeußerung bei den Vorträgen zur Schlußrevision des allgemeinen Landrechts (Jahrbücher Bd. 41 S. 164), daß

„das Recht Desjenigen, dem die Gesetze eine Legitimam beilegen, mit der unstreitigen Befugniß eines jeden Testatoris über den Rest seines Vermögens nach Gutfinden zu disponiren, vereinigt worden sei,"

wird aus der Bestimmung des §. 391 Thl. II Tit. 2 A. L.-R.:

„Alles, was vorstehend §. 383 folg. von der Befugniß der Eltern über ihr Vermögen unter den Kindern nach Willkür zu verfügen, festgesetzt ist, versteht sich jedoch mit Vorbehalt des den Kindern zukommenden Pflichttheils"

von dem Königl. Obertribunale abgeleitet, daß der Erblasser Mangels einer gesetzmäßigen Enterbungsursache nur mit Vorbehalt der dem Pflichttheilsberechtigten zukommenden Quote des Nachlasses über die Erbfolge letztwillig verfügen, also dem Pflichttheilsberechtigten sein Erbrecht nicht nehmen dürfe, dieser vielmehr stets wahrer Erbe auf Höhe der Pflichttheilsquote ist, und mittels Umstoßung des gesetzwidrigen letzten Willens in die Reihe der Erben eintritt[1]).

Mühlenbruch dagegen sagt:(Glück's Pand.-Comm. Bd .38 S. 52—54:) Der Notherbe verdrängt nicht, wie im römischen Rechte, den eingesetzten Erben und setzt sich an seine Stelle, sondern fordert von ihm die ihm gebührende Quote aus dem Nachlasse. (§. 433, 435 II 2 A. L.-R.). Dagegen beweist auch die Aufhebung der Regel: „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" Nichts, da dieselbe (§. 45 I 12 A. L.-R.) so ausgesprochen ist, daß der Erblasser nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen und in Ansehung des Ueberrestes es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen könne. Hier entscheidet vielmehr eine andere Regel, wonach die gesetzliche Erbfolge nicht eintritt, wenn der Testirer sich einen Universal-Erben ernannt hat. (§. 367 I 9 A. L.-R.). Dies aber ist der Fall, wenn er den Notherben praeterirt oder ihn nicht auf den Pflichttheil oder einen Theil desselben zum Erben einsetzt."

Dem stimmt Gruchot bei und wendet (Beiträge III S. 455) gegen die Ansicht des Königl. Obertribunals ein, daß, wäre sie richtig,

„der Testator, der dem Notherben sein gesetzliches Erbrecht zu

[1]) Vergl. Entsch. Bd. 28. S. 95, Bd. 38. S. 201 Striethorst Archiv Bd. 16, S. 323 und die übrigen citirten Erkenntnisse. Dieselbe Ansicht vertritt Bornemann System VI §. 397. C. F. Koch Erbrecht S. 456, 457, sie findet sich auch bei Gruchot (Beiträgen Bd. III S. 448, abweichend von Bd. I S. 458.)

Theil werden und dadurch sein Testament gegen alle Anfechtung sichern wolle, in die Nothwendigkeit versetzt würde, denselben auf Höhe der Pflichttheilsquote als Erben einzusetzen — was der Vorschrift des §. 396 II 2 A. L.-R. widersprechen würde, wonach im preußischen Rechte, abweichend vom römischen, die Erbeinsetzung des Pflichttheilsberechtigten nicht erforderlich sei."

„Im preußischen Rechte", meint Gruchot, wohin sich seine neuste Ansicht (Erbrecht Bd. III S. 202—204, 210) zusammenfassen läßt, „ist der nur unpassend „Notherbe" genannte Pflichttheilsberechtigte nur mit, niemals gegen den Willen des Erblassers dessen „Erbe" und hat nur einen — im Landrecht ausdrücklich als „Abfindung" wegen des Pflichttheils, „Verabfolgung", „Entrichtung", „Ergänzung" des Pflichttheils bezeichneten, auf dem Nachlasse gleichsam als „Schuld" haftenden — Anspruch auf Zuwendung eines gewissen, sich nach der Höhe der Pflichttheilsquote bestimmenden Vermögenswerths aus dem Nachlasse also ein reines „unmittelbar aus dem Gesetze hergeleitetes Forderungsrecht" an den Nachlaß."

Diese Gruchot-Mühlenbruchsche Auffassung dürfte aber so wenig, wie Gruchot's Einwand gegen die gedachte Anschauung unseres höchsten Gerichtshofs über das Pflichttheilsrecht zutreffend sein.

Denn mit jener Ober-Tribunals-Auslegung des §. 391 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. harmonirt die, von Gruchot freilich mißgedeutete Vorschrift des §. 436 Thl. II Tit. 2 A. L. R.:

daß trotz der Umstoßung des Testaments durch den Pflichttheilsberechtigten

„die letztwillige Verordnung in allen anderen, die Enterbung **nicht**[2]) betreffenden Stücken bei Kräften bleibt."

Es kann dieser §. 436 eben nur dahin verstanden werden, daß, letzwillige Verordnungen, welche dem Pflichttheilsberechtigten die Erbesqualität entziehen, der Anfechtung unterliegen und — gerade, wie bei freiwilliger Ausschlagung der Erbschaft Seitens des erwählten Erben, §. 277—279 Thl. I Tit. 12 A. L.-R. — nur die, auf die Erbesqualität des Pflichttheilsberechtigten einflußlosen Anordnungen des Erblassers „über die Art der Theilung des Nachlasses" und natürlich in Betreff des nach Abzug der Pflichttheilsquote verbleibenden Ueber-

---

[2]) Dies „nicht" läßt Gruchot bei Anwendung der Paragraphen in seinem Erbrechte Bd. III S. 204 fort.

restes des Nachlasses auch die „über die Erbfolge" bei Kräften bleiben, die „Enterbung" aber beseitigt werden, der Pflichttheilsberechtigte also in die Reihe der Erben in Höhe seiner Quote eintreten soll.

Hierfür spricht der von Suarez (Jahrbücher Bd. 41 S. 166) gewählte Ausdruck: „Klage wegen Enterbung", namentlich aber die Anmerkung zum §. 322 Thl. I Tit. 2 des gedruckten Entwurfs zum allgemeinen Gesetzbuch, wo es ausdrücklich heißt:

> „daß durch die Umstoßung der letztwilligen gesetzwidrigen Disposition in der Person des Erben eine Veränderung vorfällt."

Die abweichende Meinung von Gruchot, Mühlenbruch und Klein, (Syst. II S. 128):

> „daß das Wort „Enterbung" im §. 436 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. nicht auf eine gänzliche oder theilweise Entziehung der Erbesqualität, sondern nur darauf hindeute, daß in quanto die Bedenkung des Pflichttheilsberechtigten im Testamente nicht genügend gewesen sei"[3])

findet dagegen keine Unterstützung.

Nach §. 396 Thl. II Tit. 2 A. L.-R., auf den sich Gruchot beruft, ist

> „Alles, was dem Pflichttheilsberechtigten auf den Sterbefall, es sei unter welchem Namen es wolle, von dem Erblasser zugewendet wird, auf den Pflichttheil anzurechnen."

Daß hiermit dem Erblasser, selbst wenn keine Enterbungsursachen vorliegen, gestattet sei, dem Pflichttheilsberechtigten nach Belieben auch materiell die Erbesqualität zu nehmen, ist nicht einzuräumen. Der Paragraph sagt nur, daß der Pflichttheilsberechtigte, wenn er gegen den Willen des Erblassers die Erbesqualität in Höhe der Pflichttheils-Quote erstritten hat, sich bei der Nachlaßtheilung auf die danach ihm zukommende Quote der Nachlaßmasse alles Dasjenige anrechnen lassen muß, was ihm mit dem Willen des Erblassers aus dem Nachlasse zukommt, und dies ihm vom Erblasser Zugewendete nicht noch außerdem, wie ein Prälegat, zu fordern hat.

---

[3]) Dieser Auslegung hängen übrigens auch die Ob.-Trib.-Erk. vom 24. August 1848 (Rechtsfälle Bd. 4 S. 272—274), vom 25. Mai 1853 (Striethorst Bd. 9 S. 186 folg.) und vom 14. September 1860 (Striethorst Bd. 38 S. 220) an, indem sie gleichzeitig Pflichttheils- und Pflichttheilsergänzungsklage identificiren.

Gruchot zieht freilich auch noch den §. 164 Anhangs zu §. 574 Thl. II Tit. 18 A. L.-R. an, welcher lautet:

„Ob ein im Pflichttheil eingesetzter „Erbe" im Falle der Theilung auf Subhastation des (Nachlaß-) Grundstücks anzutragen befugt sei, oder ob er zufrieden sein müsse, daß der Pflichttheil nach der Taxe ausgemittelt werde, muß danach beurtheilt werden, ob der Pflichttheil auf eine gewisse Summe festgesetzt oder ohne Bestimmung einer gewissen Summe verschrieben worden. Im ersteren Falle bedarf es nur der Taxe, im letzteren hingegen der Eintragung des Miteigenthums in's Hypothekenbuch und im Falle der Theilung der Subhastation nach den näheren Vorschriften des allgemeinen Landrechts"

und scheint allerdings der im Eingange des Paragraphen dem Pflichttheilsberechtigten zugesprochenen Erbesqualität zu widersprechen, daß der Pflichttheilsberechtigte „bei Festsetzung des Pflichttheils auf eine gewisse Summe"[4]) nicht die Subhastation des Nachlaßgrundstücks soll fordern können, was eine Folge seines durch sein Erbrecht erzeugten Miteigenthums sein würde.

Das Königl. Obertribunal hat deshalb wiederholt Anlaß gehabt, eine Interpretation des Paragraphen zu geben.

Im Erkenntnisse vom 23. Juni 1856 (Entscheid. Bd. 33 S. 47 folg.; Striethorst Archiv Bd. 21 S. 300) sagt es:

„Der Schlußsatz des §. 164 Anhangs giebt zu erkennen, daß die ganze Bestimmung aus den Grundsätzen des allgemeinen Landrechts hergeleitet wird, denen zufolge ein Erbe, welchem im Testamente nur eine bestimmte Sache oder Summe angewiesen worden, im Verhältniß gegen die übrigen Erben[5]) als bloßer Legatar betrachtet wird, nach §. 263 Thl. I Tit. 12 A. L.-R.

---

[4]) Diese nicht glückliche Ausdrucksweise ist die Quelle des Streits, ob das Pflichttheilsrecht des allgemeinen Landrechts ein Forderungsrecht oder ein materielles Noth```erbrecht ist. Der Sinn soll, wie das Folgende zeigen wird, sein, daß dem Notherben auf sein Erbtheil, aber nicht zu seinem Erbtheile eine bestimmte Summe angewiesen ist. (Vergl. die folgende Anmerk. 16).

[5]) Im Sinne des Präjudizes vom 30. April 1847 (Entscheid. Bd. 15. S. 189 folg.) d. h. nach unserer jetzigen Sprechweise: „Im Vergleiche mit" oder „zu den übrigen Erben". — Wenn Gruchot (Erbr. I S. 534) sagt: „§. 263 I 12 A. L.-R. bezieht sich auf die testamentarische Ernennung mehrerer Erben, von denen der eine nur mit einem Vermächtniß bedacht ist", so ist dies nicht ganz treffend. Hiermit ist der in

Dem entsprechend heißt es schon im Erkenntnisse vom 3. (23.) Januar 1852 (Entscheid. Bd. 22 S. 247. Striethorst Archiv Bd. 4 S. 284, 285):

„Der Pflichttheilsberechtigte wird, wenn ihm eine bestimmte Summe zum Pflichttheil angewiesen ist, nach §. 263 Thl. I Tit. 12 A. L.-R. im Verhältniß gegen die übrigen Erben als ein bloßer Legatar betrachtet, erlangt also

bloß das Eigenthum einer bestimmten Summe mit Vorbehalt einer Erhöhung derselben, wenn die Festsetzung den Betrag des gesetzlichen Pflichttheils nicht erreicht, kann aber in Beziehung auf den übrigen Nachlaß nicht die Rechte des Miteigenthums in Anspruch nehmen".

Den hier gedachten „Vorbehalt einer Erhöhung des dem Pflichttheilsberechtigten Zugewiesenen" wird das Königliche Obertribunal nach seinem Präjudize 251[6]) auch dann Platz greifen lassen müssen, wenn sich nicht gleich bei Legung des Nachlaß-Inventars, sondern erst später z. B. erst drei Jahre nachher, ein Zuwachs der Erbschaftsmasse — etwa durch eine dem Erblasser ohne sein und seiner Erben Wissen angefallene lucrative Erbschaft — herausstellt, so daß die dem Pflichttheilsberechtigten zugewiesene Summe nun nicht mehr seinem Pflichttheile gleichkommt.

Prüfen wir diese Auslegung des §. 164 Anhangs, so ist durchaus richtig, daß ein Erbe, dem nur eine bestimmte Sache oder Summe zu seinem Erbtheile angewiesen ist, also ein heres ex re certa, im Verhältnisse d. h. nach unserer jetzigen Sprechweise: „im Vergleiche mit" oder „zu", den übrigen Erben nach §. 263 Thl. I Tit. 12 A. L.-R. nur als Legatar anzusehen ist.

Der Stellung des Pflichttheilsberechtigten als eines heres ex re certa widerspricht aber nach §. 267 Thl. I Tit. 12 A. L.-R.[7]) der ihm vom Königlichen Obertribunal zugebilligte Vorbehalt der Vergrößerung seines Theilnahmerechts am Nachlasse.

den §§. 123—130 I 17 A. L.-R. vorgesehene Fall geschildert. Gruchot meint offenbar nicht „die Ernennung von Erben", sondern die testamentarische Bezeichnung mehrerer Personen als Erben, obwohl eine derselben nur mit einem Legate bedacht ist.

[6]) Präjud.-Samml. I S. 169: „Die Erlöschung der Ansprüche eines enterbten Kindes binnen zwei Jahren bezieht sich nicht auf den Fall, wenn eine bloße durch das Testament für sich allein nicht ersichtliche Schmälerung der Legitima behauptet wird."

[7]) „Erben, die blos als Legatarii zu betrachten sind, (§. 263), bleiben von der Theilnehmung an solchem Anfalle ausgeschlossen".

Das Recht, bei einer nicht gleich beim Tode, sondern erst später sich herausstellenden Vergrößerung des Nachlasses auch einen größeren Pflichttheil zu erhalten, ist durch §. 392 Thl. II Tit. 2 A. L.-R.[8]) ausdrücklich dem Pflichttheilsberechtigten eingeräumt, also muß die Anschauung, daß der Pflichttheilsberechtigte durch Festsetzung des Pflichttheils auf eine gewisse Sache oder Summe im Sinne des §. 164 Anhangs zum heres ex re certa und damit zum bloßen Legatar gemacht werden könne, den Widerspruch gegen den §. 267 Thl. I Tit. 12 A. L. R. erzeugen und unrichtig sein.

Das dem Anhangs §. 164 zu Grunde liegende Rescript vom 13. October 1794 (Rabe II S. 706) hütet sich denn auch wohl, den unter Festsetzung des Pflichttheils in einer bestimmten Summe auf den Pflichttheil eingesetzten Erben einen „Legatar“ oder „heres ex re certa“ zu nennen.

Wenn daher das Erkenntniß des Kgl. Obertribunal vom 23. Juni 1856 mit Rücksicht auf den Inhalt dieses Rescripts sagt:

> daß der Anhangs §. 164 nichts Neues bestimmen solle und sich durchaus den Bestimmungen der §§. 569—571 Thl. II Tit. 18 A. L.-R. über die vom Testator getroffenen Anordnungen in Betreff der Vertheilung seines Nachlasses anschließe,

so ist nur hierin die völlig richtige Interpretation des gedachten Anhangsparagraphen zu finden.

Die gedachten Paragraphen der Vormundschaftsordnung besagen in der That nur, daß die jedem Erblasser in den §§. 123—130 Thl. II Tit. 17 A. L.-R. eingeräumte Befugniß:

> die Art der Theilung seines Nachlasses unter seine Erben und zwar auch die pflichttheilsberechtigten (§. 122, 126 h. l.), nach Belieben zu bestimmen,

sich auch auf die minderjährigen Erben erstrecke. In Folge solcher letztwilliger Erb-Theilungs-Anordnungen erhält jeder „Erbe“ eine bestimmte Sache auf seinen Erbtheil, aber nicht zu seinem Erbtheile angewiesen und ähnelt sonach wohl einem Legatar, ist aber nicht „bloßer Legatar“ oder „heres ex re certa“, sondern „wahrer Erbe“[9]).

Deshalb heißt es in dem Erkenntnisse des Kgl. Obertribunal vom 4. April 1855 (Striethorst Archiv Bd. 16 S. 323) mit Recht:

---

[8]) „Der Pflichttheil ist . . . (Quote) Desjenigen, was jedes Kind zum Erbtheil erhalten haben würde, wenn die gesetzliche Erbfolge Statt gefunden hätte“.

[9]) Beispiel bei Gruchot Erbrecht Bd. I S. 535 und 536 in Glosse 142.

„Der Pflichttheilsberechtigte ist an und für sich, selbst wenn er mit einem bloßen Legate oder sonst mit einer bestimmten Summe bedacht sein sollte, als Notherbe stets wahrer Erbe, und ein Erblasser hat keine Macht, ihm die Erbesqualität zu nehmen und ihn zum bloßen Legatar zu machen. Der Notherbe ist eben Erbe wider Willen des Erblassers, nur muß er sich Alles das, was er vom Erblasser erhalten, anrechnen lassen“.

Wie also das Rescript vom 13. October 1794 (Stengel Beiträge I S. 398; Rabe II S. 706) bestätigte, daß ein Erblasser seine minderjährigen Erben — nicht bloß in Gemäßheit der §§. 569—571 Thl. II Tit. 18 A. L.-R. durch Ueberweisung des Eigenthums sämmtlicher einzelner Nachlaßsachen, in specie der Grundstücke, an „andere Erben“, sondern auch direct — auf eine bloße Geldabfindung wegen ihres Erbtheils beschränken dürfe, so bestimmt §. 164 Anhangs ein Gleiches im Gegensatz zu jenen Paragraphen der Vormundschaftsordnung und zum §. 396 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. in Betreff der pflichttheilsberechtigten Erben.

Somit erklären sich die Bestimmungen des §. 164 Anhangs und des §. 436 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. aus der, dem Erblasser auch bezüglich der Pflichttheilsquote eingeräumten Nachlaß-Vertheilungswillkür[10]). Insofern sie aber diese Befugniß des Erblassers bestätigen, beweisen sie gerade dafür,

daß Mangels einer gesetzmäßigen Enterbungsursache dem Pflichttheilsberechtigten stets die Erbesqualität gebührt.

Wäre nämlich, wie Gruchot und Mühlenbruch meinen, der Anspruch des Pflichttheilsberechtigten nicht ein Erbrecht, so würde der Pflichttheilsberechtigte dem Testator, wie jeder Fremde, d. h. wie ein Nichterbe gegenüberstehen.

Nach §. 392 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. soll der Pflichttheilsberechtigte aus dem Nachlasse einen aliquoten Theil dessen erhalten, was er ab intestato erhalten haben würde; im Mangel einer letztwilligen Verfügung überkommt er aber Miteigenthum an den einzelnen den Nachlaßinbegriff bildenden Sachen[11]). Daher würde der Testator

[10]) Dem entsprechend redet §. 396 II 2 A. L.-R. nur von „Anrechnung auf den Pflichttheil“.

[11]) §. 382 I 9 A. L.-R. — Goeppert. Lehre vom Miteigenthum. — Kritische Vierteljahrsschrift Bd. VI S. 577—583; Foerster, Priv.-Recht Bd. III S. 250 folg.

ihm dies sein Miteigenthum[12]) an den einzelnen Nachlaßgegenständen consequenter Maßen so wenig entziehen dürfen, als er einen Fremden dadurch zum Aufgeben seines Eigenthums verbinden kann, daß er dessen Sache Jemandem in seinem Testamente vermacht. (§. 377, 378 Thl. I Tit. 12 A. L.-R.)

Ist aber der Fremde, dessen Sache vom Testator legirt ist, gleichzeitig zur Erbfolge berufen, und schlägt er die Erbschaft nicht aus, so muß er die Sache dem Legatar verabfolgen, aber — weil die Sache sein und nicht des Testators Eigenthum war, — nur gegen eine ihm aus dem Nachlasse zu gewährende Abfindung, vorausgesetzt natürlich, daß er Beneficial-Erbe ist[13]).

In völlig analoger Weise muß der Pflichttheilsberechtigte die, sein Miteigenthum an den einzelnen Gegenständen der Verlassenschaft ausschließenden, letztwilligen Nachlaßvertheilungs-Anordnungen des Erblassers sich gefallen lassen (§. 126 I 17, §. 569, 570 II 18 A. L. R.) — und zwar ebenso, wie der heres extraneus, dessen Sache legirt ist, gegen eine Abfindung zum „gemeinen[14]) Werthe".

Aus dieser Parallele folgt also, daß das dem Erblasser zustehende Recht, auch bezüglich der Pflichttheilsquote seines Nachlasses die Art der Theilung zu bestimmen, lediglich dann nach den allgemeinen Grundsätzen des allgemeinen Landrechts gerechtfertigt erscheinen kann, wenn das allgemeine Landrecht dem Pflichttheilsberechtigten zugleich stets und unabhängig von der Willkür des Erblassers die Erbes-Qualität zuerkennt.

Die von Gruchot zu Gunsten seiner Ansicht gedeuteten Ausdrücke des Landrechts in den §§. 433, 434, 435 Thl. II Tit. 2 hängen

---

[12]) Diesen Inhalt des Pflichttheilsrechts wird Gruchot gegenüber dem von ihm construirten „gesetzlichen Forderungsrechte auf Abfindung" wohl als den principalen anerkennen müssen, dessentwegen eben der Pflichttheilsberechtigte „abgefunden" werden soll.

[13]) § 374—376 I 12 A. L.-R. — Ist nach Errichtung des Testaments die Verlassenschaft durch unglückliche Speculationen des Erblassers so weit zusammengeschmolzen, daß die Vermächtnisse sie der Art erschöpfen, daß der, aus Unkenntniß hiervon antretende Erbe für seine vom Testator vermachte Sache aus dem Nachlasse selbst keine Abfindung erhalten kann, so muß er zwar seine Sache dem Legatar verabfolgen, dieser aber muß ihn nach §. 334 I 12 A. L.-R. in Gemeinschaft mit den übrigen Legatarien abfinden.

[14]) Da §. 374 I 12 A. L.-R. bei solcher Nichtachtung des Eigenthums Fremder dolus oder culpa lata des Testators nicht ausschließt, müßte in solchem Falle nach §. 86, 87 I 6 A. L. R. eigentlich der außerordentliche Werth ersetzt werden.



einfach mit der gedachten Testirfreiheit in Betreff der Art der Theilung des Nachlasses zusammen und geben wohl einen Beleg für die durch Statuirung dieser Testirfreiheit hervorgerufene, casuistische Redaction des allgemeinen Landrechts, aber nicht für die Natur des Pflichttheilsrechts als eines „reinen Forderungsrechts“ ab.

Viel gewichtiger sind außer den von C. F. Koch (Erbr. S. 449) citirten Stellen die Worte des §. 434 Thl. II Tit. 2 A. L.-R., wonach

> „die übrigen Erben und“ — wie an den §. 334 Thl. I Tit. 12 beiläufig erinnernd hinzugefügt wird[15]) — „die Legatarien zur Entrichtung und Ergänzung des Pflichttheils beizutragen haben“,

besonders aber der §. 379 Thl. II Tit. 2, welcher ausdrücklich auf den vom Pflichttheile handelnden §. 431 das. Bezug nimmt und bestimmt:

> „daß nur in einer mit allen gesetzlichen Erfordernissen eines giltigen Testaments versehenen letzwilligen Verordnung den Kindern und weiteren Abkömmlingen ihr Erbrecht genommen werden“ kann,

(natürlich aus den §§. 399—409, 412, 419—421 Thl. II Tit. 2 aufgeführten gesetzmäßigen Ursachen und Gründen).

Diese Bestimmung zeigt denn auch klar die Hinfälligkeit der Mühlenbruch'schen Ansicht von der Möglichkeit der Ernennung eines Universal-Erben unter Ausschluß des Pflichttheilsberechtigten ohne gesetzmäßige Ursache; einer Ansicht, welcher auch Gruchot anhängt, falls er etwa meinen sollte, daß nach §. 396 Thl. II Tit. 2. allgemeinen Landrechts dem Pflichttheilsberechtigten auch materiell die Erbesqualität

---

[15]) Präjudiz 2541 v. 22. Mai 1854 (Entscheid. 28 S. 93—96); Erk. vom 15. Februar 1856 (Strieth. Archiv Bd. 19 S. 355); v. 23. Juni 1856 (Strieth. Archiv Bd. 21 S. 304); — C. F. Koch (Erbr. S. 429) und Gruchot (Erbr. Bd. I S. 606) theilen diese Ansicht nicht, weil die Anmerkung zum §. 322 Thl. I Tit. 2 gedruckten Entwurfs (bei Siewert Materialien I S. 68) derselben entgegenstehe. Beide übersehen aber, daß die dieser Anmerkung entsprechende Fassung des §. 324 Thl. I Tit. 2 gedruckten Entwurfs (§. 434 II 2 A. L.-R.):

> „Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem solchen Kinde zukommenden Pflichttheils haben die übrigen Theilnehmer, sowohl Erben als Legatare nach Verhältniß ihrer Portionen beizutragen“

wegen ihres Widerspruchs mit der allgemeinen Regel der §§. 332—334 Thl. I Tit. 12 und §§. 277—279 Th. 1 Tit. 12 A. L.-R. und wegen ihrer praktischen Unausführbarkeit offenbar absichtlich nicht in das Landrecht übernommen worden ist.

genommen werden kann. Gruchot scheint jedoch nur die formelle Erbeseinsetzung des Pflichttheilsberechtigten propriis verbis mit Rücksicht auf §. 396 cit. nicht für erforderlich zu halten. In diesem Sinne aber gebricht seinem gedachten Einwande gegen die Ansicht des Kgl. Obertribunal die Pointe. Denn nach §. 257 Thl. I Tit. 12 A. L.-R. ist die Erbesqualität nicht nach der Bezeichnung als Erbe, sondern nach dem Inhalte des Rechts zu beurtheilen, das dem im Testamente Honorirten an dem Inbegriffe des Nachlasses eingeräumt worden ist, und nach §. 45 Thl. I Tit. 12 und §. 367 Thl. I Tit. 9 A. L.-R. sind die Pflichttheilsberechtigten eben nur so weit von der Erbfolge ausgeschlossen, als der Erblasser über dieselbe anders, als das Gesetz, verordnet hat. Der Erblasser muß also nur die ihm durch das Gesetz gezogene Schranke bei seinen Dispositionen über die „Erbfolge" inne halten, anderenfalls stößt der Pflichttheilsberechtigte die Erbfolgedispositionen, soweit sie ihm nachtheilig sind, um und tritt kraft des Gesetzes in die Reihe der Erben ein, indem er die vom Erblasser erwählten zum Theile verdrängt, was Mühlenbruch eben mit Unrecht leugnet.

Wenn in dieser Hinsicht schließlich Gärtner (in Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. II S. 392 folg.) meint,

> „daß dem Pflichttheilsberechtigten erst durch ein ihm günstiges, richterliches Urtheil das Erbrecht deferirt werde,"

so widerspricht diese Anschauung den Bestimmungen der §§. 391 und 379 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. Denn, wenn in denselben darüber disponirt wird, ob ein Recht Jemandem genommen oder nicht genommen werden könne, so muß er es besitzen. Darum sagt das Kgl. Obertribunal im Erkenntnisse vom 4. April 1855 (Strieth. Archiv Bd. 16 S. 323 — cf. auch Strieth. Archiv Bd. 34 S. 121 folg.) mit Recht,

> „daß die Notherben nach §. 367 Thl. I Tit. 9 A. L.-R. unmittelbar mit dem Tode des Erblassers den Pflichttheil dergestalt zum Eigenthum erwerben, daß sie zur Besitzergreifung berechtigt sind. § 368 das."

Diese Besitzergreifung ist aber nur dann eine gesetzmäßige, wenn die Gesetzwidrigkeit des ihr entgegenstehenden und in der Person des erwählten Erben fortlebenden Willens des bisherigen Herrn des Vermögens festgestellt ist. (§. 77, 79, 80 Einl. z. A. L.-R.) Denn dem Erblasser steht die Auswahl seiner Erben zu (§. 9, 242 Thl. I Tit. 12

A. L.-R.) und dabei die Vermuthung (§. 15 Thl. I Tit. 3 A. L.-R.) zur Seite, daß er nicht Personen übergehen werde, welche einen auf sittlichen Grundlagen ruhenden Anspruch haben, seine Persönlichkeit nach seinem Tode fortzusetzen.

Das richterliche Erkenntniß, von welchem der concrete, in die Erscheinung tretende Eintritt des Pflichttheilsberechtigten in die Reihe der Erben durch die Besitzergreifung der Verlassenschaft abhängt, ist also nur der Weg, auf welchem das bereits vorhandene Recht seine Kraft äußert und sich gegen den, seiner nicht achtenden letzten Willen Bahn bricht, und der mit der nicht rechtzeitigen Geltendmachung des Rechts verbundene Untergang desselben (§. 440 II 2 A. L.-R.) ist keine isolirt dastehende Absonderlichkeit. (cf. §. 502 I 9 A. L.-R.)

Es ist daher wohl für allein richtig anzusehen, daß das „Recht auf den Pflichttheil" ein sofort mit dem Tode des Erblassers anfallendes „materielles Notherbrecht" ist und der Pflichttheilsberechtigte stets Anspruch auf Gewährung der Erbesqualität, und zwar in dem durch seine Stellung in der Familie des Erblassers bestimmten Umfange hat, es lägen denn gesetzmäßige Enterbungsursachen vor.

## II.

## Die Pflichttheilsklage.

Das Verdienst, zuerst darauf hingewiesen zu haben,

> daß von einer „Pflichttheilsergänzungsklage" als einer Abart der „Pflichttheilsklage" nach preußischem Rechte nicht die Rede sein könne,

gebührt wohl Foerster (Klage und Einrede §. 101), dessen Ansicht neuerdings auch C. F. Koch folgt (Erbrecht S. 459).

> C. F. Koch hat jedoch seine frühere Ansicht (Priv.-Recht 2. Ausg. II. S. 900) von einer Zweitheilung der Pflichttheilsklage in „Erbschafts-" und „Ergänzungsklage" anscheinend noch immer nicht ganz schwinden lassen (zu vergl. Erbrecht S. 314 folg. 475, 477.)

und auch das Kgl. Obertribunal hält an dem Glauben an die Existenz einer besonderen „Pflichttheils-Ergänzungsklage" fest.

> (Erk. v. 1. Dec. 1862, Entsch. 49. S. 212; Strieth. Arch. 46. S. 340.)

Hiergegen ist nichts einzuwenden, wenn man diese Ansicht nur

nicht, wie vor Foerster z. B. besonders von Crelinger (Erbrecht §. 55 Nr. 7 S. 105 u. §. 56 S. 106) geschah, auf die Bestimmung im §. 433 Thl. II Tit 2. A. L.-R. stützt, wonach

dem im Pflichttheil verkürzten Kinde das am Pflichttheil Fehlende ergänzt werden muß,

und wenn man dieser Klage nicht dieselbe Natur, wie der Pflichttheilsklage, vindicirt.

(Vergl. beispielsweise die Ob.-Trib.-Entscheidungen v. 24. August 1848 (Rechtsfälle Bd. 4 S. 272 folg.), v. 25. Mai 1853 (Strieth. Archiv Bd. 9 S. 186 folg.), v. 14. Septbr. 1860 (Strieth. Archiv Bd. 38 S. 220 folg.)

Die Redactoren des Landrechts sind, wie sie in den Anmerkungen zum Thl. I Tit. 2 gedruckten Entwurf (Siewers Mat. I S. 66, 67) sagen, nur hin und wieder von den Dispositionen des römischen Rechts abgegangen. Zur Constituirung einer mit der römischen condictio ex lege 30 Cod (3. 28) de inoff. test. identischen Pflichttheilsergänzungsklage als eines dem Notherbrecht eigenthümlichen Schutzmittels ist aber im allgemeinen Landrecht der legislatorische Grund (cf. pr. leg. 30 Cod cit.) fortgefallen, weil die landrechtliche Notherbschaftsklage nicht mehr, wie die römische querela inofficiosi testamenti auf Grund der Fiction, daß der Erblasser bei Errichtung seines letzten Willens non sanae mentis gewesen sei, das ganze Testament rescindirt.

Darum kennt das allgemeine Landrecht, wie §. 432 Thl. II Tit. 2 deutlich ausspricht, nur ein einziges, dem Notherben zur Verfolgung seines Rechts dienendes eigenthümliches Rechtsmittel, die „Pflichttheilsklage", während die sogenannte „Pflichttheilsergänzungsklage", wenn man von einer solchen überhaupt reden will, die gewöhnlichen, bei jedem anderen Erbschaftsstreit anzuwendenden Klagen, die hereditatis petitio und das familiae herciscundae iudicium umfaßt.

Man hat nämlich nur einfach zu unterscheiden, ob das Testament des Erblassers das Recht des Notherben

lediglich bei seinen „Anordnungen über die Art der Theilung des Nachlasses"

oder auch

bei „denen über die Erbfolge"

nicht genügend berücksichtigt hat.

Setzt ein Erblasser, der keine Notherben hat, zwei Fremde einen jeden auf die Hälfte seines Nachlasses zu „Erben" ein, bestimmt aber,

daß der Eine sein Grundstück, der Andere sein Mobiliar erhalten solle, und das Mobiliar hat nur halb so viel Werth wie das Grundstück, andere Nachlaßsachen aber sind nicht vorhanden, so muß der mit dem Grundstücke bedachte Erbe seinem Miterben ein Viertel des Werths des Grundstücks herauszahlen.

Ob dieser Miterbe diese Zahlung mit der hereditatis petitio fordern muß, oder ob das familiae herciscundae iudicium genüge, entscheidet sich danach, ob ihm gleichzeitig das Recht zur Hälfte des Nachlasses Erbe zu sein bestritten wird, oder ob blos die Differenz zwischen dem Werthe des Grundstücks und dem des Mobiliars, oder, was zum Mobiliar oder was zum Grundstücke zu rechnen sei, oder sonstige Erbsonderungspunkte im Streite befangen sind.

Ganz gleich liegt beim Pflichttheilsrechte der erstgedachte Fall: wenn der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten die Erbfolge in Höhe der Pflichttheilsquote weder ganz noch theilweise genommen, aber — bei Anordnung der Art der Theilung des Nachlasses dem Pflichttheilsberechtigten nur eine, dem aus der Notherbfolge zu ziehenden Vortheile nicht entsprechende Abfindung zugewiesen hat[16]). Dann fordert der Pflichttheilsberechtigte von den übrigen Erben den zur Ergänzung seines Pflichttheils nöthigen Betrag kraft seines Erbrechts, das ihm aber hier nicht gegen, sondern mit dem Willen des Erblassers zukommt, also mit der gewöhnlichen hereditatis petitio oder bei dem familiae herciscundae iudicium. Dies würde die Klage eines Notherben sein, welcher man zur Unterscheidung von der Pflichttheilsklage den Namen „Pflichttheilsergänzungsklage“ geben könnte.

Ist dagegen von einem Erblasser bei seinen Dispositionen über die Erbfolge das Recht des Pflichttheilsberechtigten nicht gehörig anerkannt, ist dieser also entweder ganz enterbt oder übergangen — oder theilweise enterbt, also direct oder durch Belastungen in seinem Erbfolgerechte verkürzt, so daß, was Suarez als wesentliches Merkmal der Notherbschaftsklage bezeichnet, wegen der Enterbung geklagt wird und die erfolgreiche Anstellung der Klage, wie die Anmerkung zum §. 322 Thl. I Tit. 2 gedruckten Entwurfs zum allgemeinen Gesetzbuche sich ausdrückt, eine Veränderung in der Person des Erben bewirkt, dann greift die eigentliche Notherbschafts-, die Pflichttheils-

---

[16]) Solchen Fall hat §. 164 Anhangs zu §. 574 II 18 A. L.-R. und das ihm zu Grunde liegende Rescript vom 13. October 1794 (Stengel Beiträge I S. 398 und Rabe II S. 706) im Auge.

klage, Platz. Allerdings kann sich der mit dieser Klage gleichzeitig verfolgte Vermögenswerth des geltend gemachten Erbrechts, des eigentlichen Objects der Klage, durch die auf die verlangte Erbschafts-Quote zu machenden Anrechnungen verschieden hoch, ja vielleicht auf Nichts stellen, allein das ist ein rein nebensächliches Moment. Ein Beispiel wird dies zeigen.

Wenn das einzige Kind eines Erblassers, das sich tausend Thaler auf seinen Pflichterbtheil anrechnen müßte, enterbt ist und, weil sein Notherbrecht nach dem gelegten Inventar ihm nur einen Werth von tausend Thalern repräsentiren würde, zu dem Testamente zwei Jahre lang schweigt, so ist es nicht „Erbe“ seines Vaters geworden. — Stellt sich erst nach Ablauf dieser zwei Jahre heraus, daß der Vater den Anfall einer lucrativen testamentarischen Erbschaft erlebt hatte, so kann das Kind auf diese keinen Anspruch machen, selbst nicht mit Rücksicht auf das Präjudiz 251, denn aus dem Testamente seines Vaters ist ersichtlich, daß sein Notherbrecht verletzt war.

Man wird daher dem Kinde wegen der Entziehung der Erbesqualität die Anstellung der Pflichttheilsklage, auch wenn damit kein in die Augen fallender Vermögensvortheil verbunden ist, innerhalb der zwei ersten Jahre nach Publication des Testaments nicht versagen können.

Wenn also R. Koch (Deutsche Gerichts-Ztg. 1. Sem. 1866 S. 102) die Pflichttheilsklage des Landrechts nur für die Justinianeische actio suppletoria im Sinne der herrschenden Doctrin hält, so folgt die Unrichtigkeit dieser Ansicht, welcher freilich die widerlegte Gruchot-Mühlenbruchsche Auffassung vom Wesen des Pflichttheilsrechts zu Grunde zu liegen scheint, schon aus diesem Beispiel.

Andererseits dürfte die versuchte Hervorhebung der unterscheidenden Merkmale der Pflichttheilsklage klarlegen, daß das Kgl. App.-Ger. Hamm (in Gruchot's Beiträgen I S. 459) irrt, wenn es die Klage für eine actio ad supplendam legitimam ansieht, mit der ein Pflichttheilsberechtigter Beschwerde führt,

> „wenn er mit einer geringern, als der Pflichttheilsquote, als Erbe eingesetzt ist, oder ihm nur ein Legat zugewiesen ist, das weniger als die Taxe des Pflichttheils beträgt“.

In jedem dieser Fälle dürfte eine „eigentliche Pflichttheilsklage“ vorliegen.

Wenn diese Klage von C. F. Koch (Erbr. S. 459) einfach hereditatis petitio genannt wird, so ist das zwar gegenüber Mühlenbruch

von Bedeutung und durchaus richtig, allein mit Recht wird diese Bezeichnung von Foerster (Klage und Einrede §. 101; Theorie und Praxis Bd. I S. 230 Note 16) als nicht significant genug verworfen und die Pflichttheilsklage unter die personenrechtliche Gruppe der Rechtszustandsklagen gestellt.

Denn die Redactoren des allgemeinen Landrechts haben die römische „Klage wegen Enterbung", die querela inofficiosi testamenti, nicht blos in Rücksicht ihrer kurzen Verjährbarkeit für die preußische „Klage wegen Enterbung" zum Vorbild genommen.

Das wird das Folgende ergeben, in welchem nach Eruirung des Begriffs der Pflichttheilsklage nunmehr Natur und Wesen dieser Klage zu betrachten sein wird, um zu zeigen, daß sie nicht Executionsobject sein kann.

## III.

## Die Pflichttheilsklage als Executionsobject.

### A. Nach ihrem Gegenstande.

R. Koch sagt (Deutsche Ger.-Ztg. 1866 1. Sem. 102): „daß Natur und Wesen einer Klage am Sichersten aus ihrem Inhalte (Hauptzweck und Gegenstand) erkannt wird".

Die Wichtigkeit dieses Gesichtspunktes dürfte kaum anzuzweifeln sein; es kann aber R. Koch nicht eingeräumt werden, daß er und sein Partner Paris (Deutsche Ger.-Ztg. 1865 S. 71 folg.) diesen Hauptzweck und Gegenstand der Pflichttheilsklage richtig erkannt haben.

Als Gegenstand der Pflichttheilsklage fällt allerdings zunächst in die Augen, daß sie, wie die anderen Erbschaftsklagen, wenngleich ihr Object nicht die Erbschaft als universitas iuris, sondern das Erbrecht selbst ist, doch auf Entrichtung, resp. Ergänzung des Pflichterbtheils, also auf einen Vermögenswerth, als eine Folge der gewonnenen hereditatis petitio, gerichtet ist. Es ist auch richtig, daß sie, ebenso wie diese, bald ein höheres bald ein geringeres vermögensrechtliches Object verfolgt und bei Nichtgebrauch der Klage ein Recht vermögensrechtlichen Inhalts aufgegeben wird.

Liegt der Hauptzweck der Pflichttheilsklage in dem Schutze dieser vermögensrechtlichen Bedeutung des Pflichttheilsrechts, so dürften die von dem ungenannten Vertheidiger der auch hier vertretenen Ansicht (Preuß. Anw.-Ztg. 1866 Sp. 636, 637) geltend gemachten Gründe in der That nicht recht stichhaltig sein.

Derselbe meint: „die Gläubiger eines Pflichttheilsberechtigten könnten ihren Schuldner zwar hindern, kraft des ihm zustehenden dreigetheilten Wahlrechts:

„„der Erbschaft ganz zu entsagen, oder
das Testament anzuerkennen, oder endlich
den Pflichttheil zu fordern““

sich im ersten Sinne zu entscheiden, aber nicht die Wahl zwischen den beiden, dann noch verbleibenden Delationsgründen der Erbschaft sich statt seiner übertragen lassen, weil diese Wahl eine innere, nicht fungible Handlung sei“.

Es dürfte schärfer sein, das Wahlrecht des Pflichttheilsberechtigten in Betreff der Testamentserbschaft von dem in Betreff der Notherbschaft zu sondern. In Bezug auf letztere steht dem Pflichttheilsberechtigten die Wahl zu, sie anzutreten und das Testament anzufechten, oder sich derselben durch Anerkenntniß des Testaments, ausdrückliches oder stillschweigendes, zu begeben. In vermögensrechtlicher Beziehung, von der hier eben nur die Rede ist, ist dies Wahlrecht in Betreff der Notherbschaft gleich bedeutsam mit dem Wahlrecht, welches dem Notherben andererseits in Bezug auf die Testaments-Erbschaft, zwischen Antretung und Entsagung, eben so wie anderen Erben gebührt.

Will ein Erbe nur aus Liebe zu seinen hilfsbedürftigen nächsten Anverwandten und nach dem Wunsche des Testators zu Gunsten dieser Blutsverwandten sich der Erbschaft entschlagen, so können die Pietätsrücksichten, welche er in Folge der aus der Gemeinschaft des Bluts naturgemäß entspringenden Liebe zum Testator und den Anverwandten zu nehmen Willens ist, dennoch nicht eine solche Entsagung zum Nachtheile seiner Gläubiger gerechtfertigt erscheinen lassen. Auf derartige Motive ist, wie R. Koch mit Recht bemerkt, juristisch kein Gewicht zu legen; mit dem Rechte selbst haben sie nichts zu schaffen.

Darum hält auch das allgemeine Landrecht, nachdem es im § 397 Thl. I Tit. 16 Erbentsagungen zum Nachtheile der Gläubiger schon allgemein für anfechtbar erklärt hat, dennoch für nöthig, im §. 356 Thl. II Tit. 2 noch besonders zu bestimmen,

„daß auch Kinder bei der Entsagung von Erbschaften ihrer Eltern ihren Gläubigern gegenüber denselben Beschränkungen unterworfen sind, wie andere Erben“.

Ungeachtet der bei der Wahl zwischen Antretung und Ausschlagung einer Notherbschaft zur Sprache kommenden Pietätsrücksichten müßte

daher, was eben R. Koch und Paris behaupten, in rein vermögensrechtlicher Hinsicht die Entsagung eines Notherbrechts durch Anerkenntniß des Testaments oder Nichtanstellung der Pflichttheilsklage eben so der Anfechtung der Gläubiger unterliegen, wie dies bei anderen Erbschaftsentsagungen schon nach allgemeinem Landrechte im Falle des Concurses und außerhalb desselben jedenfalls seit dem Gesetze vom 9. Mai 1855 der Fall ist.

Denn durch Antretung der Erbschaft aus dem anfechtbaren Testamente würde sich der Pflichttheilsberechtigte eines Vermögenswerths begeben, der ihm wider seinen Willen nicht entzogen werden durfte und seinen Gläubigern ihre Befriedigung in höherem Maße ermöglicht hätte.

Insofern würde also die Wahl zwischen den beiden Delationsgründen der Erbschaft nicht, wie unser Anonymus meint, im Sinne des Landrechts für eine innere, nicht fungible Handlung angesehen werden können, und da die bloße Anfechtung der Entsagung des Notherbrechts Seitens ihres Schuldners den Gläubigern noch nicht zu ihrer Befriedigung verhilft, so müßten sie im Wege der Execution auch ermächtigt werden können, die Klage zur Geltendmachung dieses Erbrechts selbst wider den Willen des Schuldners anzustellen.

Allein bei der Pflichttheilsklage ist, wie das Kgl. Obertribunal mit Recht hervorhebt und auch P. Hinschius (Pr. Anw. Ztg. 1864 Sp. 79) erkannt hat, die Verfolgung des Vermögenswerths nur der Nebenzweck.

Hauptzweck und Gegenstand jeder Klage ist Beseitigung der Verletzung des durch sie geschützten Rechts.

Hätte daher das landrechtliche Erbrecht die deutschrechtliche Idee eines Gesammteigenthums die Familie als Grundlage für Intestat- und Notherbrecht beibehalten, wie dies R. Koch in Betreff des Code civil hervorhebt, so würde die Verletzung des Pflichttheilsrechts eben nur einen wesentlich vermögensrechtlichen Charakter haben, und die Ueberweisung der Pflichttheilsklage im Wege der Execution an den Gläubiger des Pflichttheilsberechtigten würde bei unserer Jurisprudenz so wenig, wie bei der französischen, Anstoß erregen können.

Das allgemeine Landrecht hat aber das römische Erbrecht, namentlich dessen, wie Koeppen sich ausdrückt, „auf dem natürlichen Gesetz der Familienliebe“ beruhende Grundsätze des materiellen Notherbrechts adoptirt, und daher stellt der vermögensrechtliche Inhalt des Notherb-

rechts nur einen vom Zufall abhängigen Ausfluß des „Rechts der Person“ des Berechtigten dar.

Eine Laesion des Notherbrechts in vermögensrechtlicher Hinsicht ist erstens nicht denkbar ohne gleichzeitige Verletzung seiner Basis, des „Rechts der Person“; sie trifft sogar im Momente ihrer Vornahme lediglich dieses. Denn ein Notherbrecht kann nur durch Handlungen des Erblassers selbst verletzt werden, d. h. also naturgemäß zu einer Zeit, als noch nicht einmal gewiß war, ob der Berechtigte den Erblasser überleben und dadurch zur Notherbfolge gelangen werde, so daß also in der That die Frage, ob die das Notherbrecht beeinträchtigende Handlung auch dessen vermögensrechtliche Seite berühren werde, von reinen, außer ihr liegenden Zufälligkeiten abhängt.

Zweitens berührt eine Verletzung des Intestaterbrechts allerdings auch das mit seiner natürlichen Stellung in der Familie des Erblassers verknüpfte „Recht der Person“ des Erben; das Notherbrecht aber hängt nicht blos von diesem äußerlichen Umstande der Geburt ab, sondern von einer gewissen innerlichen Qualification, die so zu sagen, eine Individualisirung der Persönlichkeit des Berechtigten mit sich bringt.

Denn das Recht des Pflichttheilsberechtigten, sowohl an den materiellen Gütern des Erblassers zu participiren, als auch dessen Persönlichkeit fortzusetzen, gründet sich freilich zunächst auf seine Zugehörigkeit zur Familie des Erblassers; es kann ihm aber vom Erblasser entzogen werden, wenn derselbe „Grund“ hat, ihn in „Ursach“ seines äußeren Verhaltens für „nicht geeignet“ oder gar für „unwürdig“ zu halten, seine Persönlichkeit nicht blos in Rechten und Pflichten, sondern auch in all ihren Eigenthümlichkeiten im Fühlen, Denken, Wollen und Handeln fortzusetzen[17]).

In Folge dessen ist nicht in der Verfolgung des Vermögenswerths, sondern in der Feststellung der dem Notherben durch die Enterbung abgesprochenen persönlichen Qualification der Hauptzweck und

---

[17]) Das Landrecht spricht nur zweimal von „Gründen“ der Enterbung im §. 418 und im §. 441 Thl. II Tit. 2 und deutet damit auf die „subjective“ Empfindung des Erblassers hin, welche durch das Verhalten des Notherben, die „Ursachen der Enterbung“ oder, wie es §. 631 Thl. II Tit. 1 heißt, die „Verschuldungen“ des Notherben hervorgerufen wird. Ignorirt man diesen Unterschied, welcher auch für das Verständniß der Suarezschen Vorträge zur Schlußrevision wichtig ist, so hat sich das Landrecht in dem §. 441 Thl. II Tit. 2 einer unerklärlichen müßigen Wiederholung schuldig gemacht. (Vergl. unten Text S. 60 Koch's Unterscheidung).

Gegenstand der Pflichttheilsklage zu suchen und ihr hierdurch ein eigenthümlicher Stempel aufgedrückt, der sie von der gewöhnlichen Erbschaftsklage, also auch (s. oben) der sogenannten Pflichttheilsergänzungsklage völlig absondert.

Es ist dies in den Worten des §. 432 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. deutlich ausgesprochen.

> „Behauptet", heißt es, „ein in seinem Pflichttheil enterbtes, verkürztes oder sonst belastetes Kind, daß ihm ein solcher Nachtheil
>
> > aus einer nicht gesetzmäßigen oder nicht gegründeten Ursache
>
> zugefügt worden, so muß demselben rechtliches Gehör „darüber" verstattet werden".

In der thatsächlichen Mittheilung über das Sachverhältniß des vom Gesetzgeber entschiedenen Rechtsstreits werden also die nebensächlichen vermögensrechtlichen Incidentpunkte als unstreitig hingestellt und als charakteristischer Streitpunkt der Beschwerde des Pflichttheilsberechtigten nur das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer gesetzmäßigen Enterbungsursache ausgeworfen und erst von der Entscheidung dieses Präjudicialpunktes die in den folgenden Paragraphen abgehandelte Regelung der vermögensrechtlichen Verhältnisse abhängig gemacht.

Die Bedeutung, die hiernach der Persönlichkeit des Notherben für sein Vermögensrecht beigelegt ist und offenbar die Behandlung der Lehre vom Notherbrecht als integrirenden Theil des Familienrechts zur Folge gehabt hat, läßt die Anstellung der Pflichttheilsklage durch den Gläubiger des Pflichttheilsberechtigten wider dessen Willen nicht zulässig erscheinen.

Eine eigentliche Enterbung ist nur dann gegründet, wenn der Pflichttheilsberechtigte sich hat Handlungen zu Schulden kommen lassen, deretwegen er wenigstens der einer jeden Person sonst geschuldeten Achtung bei seinen Standesgenossen und in der öffentlichen Meinung verlustig gehen muß. Eine ungerechtfertigte Benachtheiligung seines Vermögensrechts macht daher dem Notherben den ungegründeten Vorwurf einer ihn in der öffentlichen Achtung herabsetzenden Nichtqualification zur Erbfolge, involvirt also zugleich eine Kränkung seiner Ehre.

Die Rüge einer Beleidigung durch einen Andern als den Gekränkten und wider dessen Willen ist nicht so darum unzulässig, weil eine

Bestrafung verlangt wird[18]), sondern weil allein für den Beleidigten selbst die Wahrung seiner Ehre ein Interesse hat.

Die Beschwerde über eine Enterbung zielt nach §. 432 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. gleichfalls auf Rettung („vindicta") der eigenen persönlichen Würdigkeit ab und ist daher in dieser Hinsicht durchaus der Injurien-Klage ähnlich, so daß die Anstellung derselben durch einen Andern als den Enterbten wider dessen Willen nicht zuzulassen ist.

Die Natur der römischen querela inofficiosi testamenti als einer vindictam spirans, in diesem abwehrenden, nicht aber in dem von R. Koch ihr untergelegten, Vergeltung übenden Sinne[19]), ist und war stets eine so allgemein bekannte, daß es nicht unbedeutsam ist, daß Suarez bei seinen Vorträgen zur Schlußrevision des allgemeinen Landrechts die Beseitigung dieser Eigenthümlichkeit der römischen „Klage wegen Enterbung" bei ihrer Uebernahme in's Landrecht nicht eben so erwähnt hat, wie die Verkürzung der Verjährungsfrist und die Beseitigung der schon den Römern mißliebigen, odiösen Fiction, daß der Erblasser bei Errichtung seines letzten Willens non sanae mentis gewesen sei.

Mit Unrecht mißbilligen daher R. Koch und Hanow (Deutsche Ger.-Ztg. 1. Sem. 1867 S. 85, 86), daß das Kgl. Obertribunal dem von Ulpian acceptirten Ausspruche Papinians in l. 8 pr. Dig. (5. 2.) de inoff. test.:

„Querelam inofficiosi patrem filii sui nomine instituere non posse, invito eo: ipsius enim iniuria est"

auch für das Preußische Recht Bedeutung beimißt.

Keineswegs sind hiermit, wie Hanow meint, „die Gründe für eine Erscheinung bei dem einen Gegenstande ohne Weiteres der gleichen Erscheinung bei dem anderen Gegenstande sonst verschiedener Natur octroyirt."

Bei der Beschwerde über eine bona mente exheredatio fällt diese Eigenthümlichkeit der Pflichttheilsklage weniger in die Augen. Hier läßt die Enterbungsursache: „Ueberschuldung, Verschwendungssucht,

---

[18]) Dafür spricht das Recht auf Verzicht der Strafvollstreckung.

[19]) von Savigny, auf den sich R. Koch (Deutsche Gerichts-Ztg. 1866 1. Sem. S. 102 und 1867 1 Sem. S. 323) beruft, verkennt die vindicta durchaus nicht. Er versteht darunter nicht, wie R. Koch: „persönliche Genugthuung" und „Ahndung persönlicher Ehrenkränkung", welche mittels eines Angriffs auf den status des Erblassers erreicht wird", sondern nur „Austilgung der Ehrenkränkung" und „Anerkennung der Unschuld des Pflichttheilsberechtigten". System Bd. II S. 128).

Wahn- oder Blödsinn" den Pflichttheilsberechtigten nur zur Erbfolge nicht geeignet erscheinen, und das Motiv zur Enterbung äußert sich als Wohlwollen; außerdem beziehen sich Motiv und Ursache lediglich auf das Vermögensrecht des Notherben. Allein gleichzeitig wird durch eine solche Enterbung der Persönlichkeit des Notherben die sonst bei jedem Menschen vorausgesetzte und zu seinem Fortkommen in der Welt förderliche Eigenschaft der Sorgsamkeit und Zuverlässigkeit in den Geschäften des Lebens abgesprochen. Den hierin[20]) liegenden kränkenden Vorwurf und seinen nachtheiligen Einfluß zu beseitigen, hat gleichfalls Niemand weiter, als der Notherbe selbst, ein Interesse.

Bei beiden Arten der Enterbung wird man daher die Pflichttheilsklage nicht zu dem der Execution unterliegenden Vermögen des Schuldners rechnen können, und zwar, weil sie ihrem Hauptgegenstande nach auf Abwehr einer Kränkung des Pflichttheilsberechtigten gerichtet ist.

Dieser, wie gezeigt, auch im §. 432 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. Ausdruck findende Grund liegt so in der Natur der Sache und paßt so allgemein, daß er in jedem einzelnen Falle, wo eine Enterbung vorgenommen ist, in den Vordergrund treten müßte.

Dem steht aber die wohl als herrschend zu bezeichnende Lehre „über die Formalitäten einer Enterbung" entgegen, welche zur Giltigkeit einer jeden Enterbung nach Landrecht gerade, wie nach römischem Rechte, die ausdrückliche Angabe der Enterbungsursache im Testamente erfordert und Mangels Beobachtung dieser Förmlichkeit die Enterbung für überhaupt unkräftig erklärt.

(Vergl. C. F. Klein System §. 699; Locher System §. 49 C. F. Koch Erbrecht S. 469, 470; Gruchot Erbrecht Bd. III S. 240 folg.; Entscheidungen Bd. 24 S. 130 folg.)

Nach dieser Lehre würde, um C. F. Koch's Worte zu gebrauchen, „ein Unterschied zwischen einer Enterbung aus einem angegebenen ungegründeten Grunde und einer unzulässigen Verletzung im Pflichttheil ohne Angabe eines Grundes oder unter Anführung eines nicht gesetzmäßigen Grundes" bestehen.

Es dürfte schwer sein, das materiellrechtliche Wesen dieses Unter-

---

[20]) Den preußischen Gesetzgebern ist dies nicht entgangen. Nach §. 20 Thl. I Tit. 38 A. G. O. sind die vorläufigen Verfügungen, durch welche während des Prozesses über die Prodigalitäts-Erklärung dem ferneren Vermögensverfalle vorgebeugt werden soll, nur so weit zu treffen, als dem „guten Namen und Credit des Beklagten kein unwiederbringlicher Nachtheil zugefügt" wird.

schiedes festzustellen, C. F. Koch bleibt denn auch seine Erläuterung schuldig. Für die vorliegende Frage aber ist diese Lehre und Consequenz bedeutsam.

Ist sie nämlich richtig, so bedarf es im Falle solch mangelhafter Enterbung oder, um Koch's Worte festzuhalten, Verletzung im Pflichttheile zur Erlangung der Notherbschaft nur des Hinweises auf den Formmangel und nicht erst der Feststellung der persönlichen Qualification des Pflichttheilsberechtigten. Die Klage würde hier also wesentlich nur eine Nichtachtung des Vermögensrechts des Notherben rügen, da die herrschende Lehre eben im Mangel ausdrücklicher Angabe der Enterbungsursache auf das Vorhandensein der gehörigen Qualification des Notherben schließt. Der gefundene Grund, die Pflichttheilsklage nicht für ein Executionsobject anzusehen, würde also nicht bei jeder Anfechtung einer Enterbung oder Pflichttheilsrechtsverletzung Platz greifen. Eine Beleuchtung der gegen die Richtigkeit jener Lehre über die Formalitäten einer Enterbung zu erhebenden Bedenken dürfte daher wohl angebracht sein.

Die Grundlage jener Lehre bildet offenbar folgende Aeußerung der Gesetzes-Revisoren im Pensum XVI Bd. I S. 317.:

> „Nur durch die ausdrückliche Erklärung der Eltern kann man darüber Gewißheit erhalten, ob sie dem Kinde die gesetzliche Enterbungsursache stillschweigend verziehen oder sich garnicht dadurch gekränkt gefühlt haben, und sie dagegen wegen einer andern, aber in den Gesetzen garnicht mit Enterbung verpönten Handlung das Kind von der Erbschaft ausgeschlossen haben. Daher ist es zur Enterbung nothwendig, daß die Eltern die Enterbungsursache im Testament bestimmt angeben, und daß, wenn dies nicht geschehen ist, die Enterbung für ungiltig erachtet und dem eingesetzten Erben nicht verstattet werde, den Beweis zu führen, daß das enterbte oder übergangene Kind die Enterbung wirklich verdient habe". — Daß dies der Sinn der §§. 441 und 442 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. ist, geht aus den Materialien des A. L.-R. deutlich hervor".

So trefflich und durchaus ansprechend diese Gründe de lege ferenda sein mögen, so könnte vielleicht doch die ausgesprochene Absicht, eine entsprechende ausdrückliche Vorschrift in das allgemeine Landrecht aufzunehmen, den Blick der Gesetzes-Revisoren bei Einsicht der landrechtlichen Materialien getrübt haben.

Wenigstens dürfte das jüngste und für die endgiltige Gestalt des allgemeinen Landrechts wohl bedeutungsvollste Stück jener Materialien: „Suarez's Vorträge zur Schluß-Revision" für jene Ansicht über den Sinn der §§. 441 und 442 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. keinen Anhalt bieten.

Suarez resumirt hier nach Aufzählung der Abweichungen vom römischen Rechte, zu welchen er namentlich Beseitigung aller leeren Formalitäten rechnet:

„Das Gesetzbuch hat angenommen,

daß Eltern ihren Kindern und Kinder, die ohne Descendenz versterben, ihren Eltern die Legitimam zu hinterlassen schuldig sind;

daß sie ihnen dieselbe nur aus den im Gesetze ausdrücklich angeführten Ursachen entziehen oder schmälern können;

daß, wenn die gesetzmäßigen Ursachen nicht vorhanden sind, Derjenige, welchem die Legitima gebührt, dieselbe aus dem Nachlasse vollständig erhalten müsse;

daß aber auch in diesem Falle das Testament in allen übrigen Stücken seine Giltigkeit behalte und zu befolgen sei.

Nach dieser Mittheilung soll es also nicht darauf ankommen, ob die subjective Empfindung des Erblassers, die speciell aus einem bestimmten äußeren Umstande einen „Grund" zur Enterbung entnimmt, gerechtfertigt ist, sondern ob überhaupt objectiv keine Umstände vorliegen, die das Gesetz für „Ursachen" anerkennt, die einen „Grund" zur Enterbung abgeben könnten.

Und nun bestimmen die §§. 442 und 444 Thl. II Tit 2 A.-L. R., daß

1) bei gänzlicher Uebergehung eines Descendenten
2) bei Enterbung eines solchen ohne irgend welche Angabe einer „Ursache" der Enterbung oder unter Angabe eines nicht gesetzmäßigen „Grundes" dennoch die im §. 432 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. vorgeschriebene Untersuchung über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer gesetzmäßigen „Enterbungsursache" statthaben soll,

während in den entsprechenden §§. 328 und 327 Thl. I Tit. 2 gedruckten Entwurfs noch nicht, auf den mit §. 432 Thl. II Tit. 2 A. L. R. correspondirenden §. 322, sondern nur auf die folgenden Paragraphen Bezug genommen war, welche lediglich von der Regelung der vermögensrechtlichen Verhältnisse handeln.

Daß diese Abweichung des Landrechts auf einem bloßen Versehen beruhe, ist schon an sich nicht anzunehmen. Sie scheint auch mehr der Natur der Sache zu entsprechen. Denn bei einer Enterbung ohne Angabe einer Ursache läßt die mit ihr verknüpfte vermögensrechtliche Benachtheiligung des Notherben die Vermuthung für eine bona mente exhere datio nicht aufkommen; gleichwohl muß, wie der Gesetzgeber im §. 15 Thl. I Tit. 3 A. L.-R. anerkennt, a priori die Enterbung für eine gesetzmäßige Handlung des Testators angesehen werden; also kann nur für eine gesetzmäßige Enterbung wegen „Unwürdigkeit“ vermuthet werden. Dieserhalb bedarf denn nur die wohlwollende Absicht bei einer Enterbung der ausdrücklichen Erkennbarmachung im Testamente, nicht blos damit der Notherbe nicht ungerechtfertigter Weise in übeln Ruf kommt, sondern auch damit der Erblasser selbst sich nicht der Nachwelt als einen ungerechten Familienvater hinstellt.

Ferner steht auch der Deduction der Gesetzesrevisoren entgegen, daß virtuell eine Enterbung nach vorheriger Verzeihung einer, als Enterbungsursache vom Gesetze anerkannten That des Pflichttheilsberechtigten nur eben so für eine „nicht völlige“ Verzeichnung spricht, wie das Bestehenlassen der Enterbung trotz nachheriger Verzeihung (Vergl. §§. 414—416 Thl. II Tit. 2 A. L.-R.)

Und dann mochte wohl für Justinian in Rücksicht des Sittenverfalls seiner Zeit ein Grund vorliegen, den Formalismus einer Enterbung zu erhöhen, die Innigkeit des deutschen Familienlebens bot genügende Garantie gegen ungerechtfertigte Enterbungen.

Die Landrechtsredactoren werden also die ausdrückliche Angabe der Enterbungsursache im Testamente als Erforderniß der Rechtsbeständigkeit der Enterbung wohl für eine bedeutungslose Förmlichkeit des römischen Rechts angesehen haben; wie Suarez aber mittheilt, war das Streben der Redactoren gerade auf Beseitigung solch leeren Formelwesens gerichtet.

Hiernach darf man es auch wohl für bedeutsam halten, daß der überhaupt noch keine Zwangs-Vorschrift über ausdrückliche Angabe der Enterbungsursache enthaltende „gedruckte Entwurf“ wohl bei der Lehre von der Enterbung aus guter Absicht durch die Aufstellung eines solchen, wie gedacht, hier auch naturgemäßen Erfordernisses ergänzt worden ist, aber nicht bei der Lehre von der eigentlichen Enterbung.

Nicht fehl gehen möchte daher die Annahme, daß die ausdrück-

liche Aufführung der Enterbungsursache bei einer eigentlichen Exheredation dem Testator nicht blos hat erlassen, sondern daß ihm sogar, wie im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch, ein Recht auf deren Verschweigen hat gegeben werden sollen.

Da ein Anlaß, dieser Befugniß sich zu bedienen, nur vorliegt, wenn die That des Notherben noch nicht in die Oeffentlichkeit gedrungen, so liegt in einer solchen Anordnung des Gesetzes gleichzeitig eine Begünstigung des Notherben und ein Anerkenntniß des allgemeinen Princips, daß keins der gegen einander pflichttheilsberechtigten Familienglieder zur Veröffentlichung der strafbaren oder blos unehrenhaften Handlungen des andern verpflichtet ist.

Ist sonach die hier vertretene Auffassung der §§. 441 und 442 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. richtig, so paßt der aus der Natur des Pflichttheilsrechts als eines „Rechts der Person" des Notherben entnommene Grund, die Pflichttheilsklage des allgemeinen Landrechts nicht für ein Executionsobject zu halten, auf alle Fälle einer Enterbung, weil eben die Anstellung der Pflichttheilsklage gegen den Willen des Pflichttheilsberechtigten stets einen Eingriff in seine höchst persönlichen Rechte involviren würde.

Aber auch, wenn die vorgedachte Mittheilung der Gesetzesrevisoren richtig ist und die gedachte herrschende Lehre über die Formalitäten einer Enterbung auf überwiegenden Gründen beruht, dürften

**B. die Motive der landrechtlichen Gesetzgebung in Betreff des Pflichttheilsrechts,**

soweit sie aus dem Landrecht selbst und den veröffentlichten Theilen seiner Materialien erkennbar sind, einen Grund gegen die executive Ueberweisbarkeit der Pflichttheilsklage auf den Gläubiger des Notherben abgeben.

Suarez sieht in seinen Vorträgen zur Schlußrevision des allgemeinen Landrechts die Befugniß eines jeden Erblassers, über sein Vermögen unter Lebenden, wie von Todes wegen nach Gutfinden zu disponiren, für eine unstreitige an; dem entsprechend statuirt auch das Landrecht die ausgedehnteste Testirfreiheit. Eine Beschränkung derselben wurde schon in der Anmerkung zum §. 306 gedruckten Entwurfs „nach Naturrecht nicht für begründet" angesehen, wohl, weil dadurch die zu den höchsten Gütern des Lebens zu rechnende Freiheit des Willens beeinträchtigt wird.

Die Redactoren des Landrechts konnten sich aber der Erkenntniß nicht verschließen,

„daß die Lehre von der Legitima in allen Königlichen Staaten selbst da, wo sonst die Provinzialgesetze am meisten abweichen, angenommen war und nichts enthält, was der natürlichen Billigkeit oder dem Endzweck des gemeinen Besten zuwider wäre“.

Indessen erklärten sie:

„die selbst unvollkommene Pflicht der Eltern ginge nach Naturrecht nicht weiter, als ihre Kinder zu erziehen und in den Stand zu setzen, für ihren Unterhalt selbst sorgen zu können“.

Aus dieser Bemerkung, die auch in Betreff des Pflichttheilsrecht der Eltern und Ehegatten am Platze wäre, geht heror, daß man durch Statuirung des Pflichttheilsrechts der Willkür des Erblassers in der Verfügung über sein Vermögen nur da hat Schranken setzen wollen, wo sie nicht blos im Interesse des Notherben naturgemäß und billig erscheinen, sondern auch gleichzeitig sich als Erfüllung einer auf dem Sittengesetze und dem natürlichen Triebe der Familienliebe beruhenden Pflicht des Erblassers darstellen.

Im Allgemeinen besteht für Niemand eine Pflicht, für die Schulden eines Andern aufzukommen. Allerdings haben unter einander in gewissem Sinne (z. B. bei der Alimentationsverbindlichkeit und in den §§. 126 sq. Thl. II Tit. 2 und in den §§. 321 folg. Thl. II Tit. 1 A. L.-R.) eine solche Pflicht die gegeneinander pflichttheilsberechtigten Personen bei ihren Lebzeiten. Hier ist aber im allgemeinen Landrecht den Gläubigern auch durch besondere Vorschriften ein directes Klagerecht gegen den Subsidiär-Verpflichteten verstattet. Wo diese Vorschriften nicht Anwendung finden, kann der Gläubiger Desjenigen, dem eine Erbschaft zugefallen ist, sich an diese Erbschaft (wegen des Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger §§. 500 folg. Thl. I Tit. 16 A. L.-R.) nicht eher halten, als bis so zu sagen die Repräsentation des Erblassers durch Abwickelung aller die Verlassenschaft bildenden und ihr anklebenden Rechtsverhältnisse verschwunden ist und die Erbschaft nunmehr als ein rein dem Willen des Erben allein unterworfenes Vermögensobject erscheint. (§. 262 Conc.-Ordn. vom 8. Mai 1855.)

Hat daher der Notherbe nur das Interesse, durch den Erbanfall ein Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger zu erlangen — und ein anderes tritt ja bei der Anstellung der Pflichttheilsklage durch den Gläubiger des Notherben wider dessen Willen nicht zu Tage — so genügt dies nicht, seine Ausschließung von der Erbschaft für eine Pflichtvergessenheit des Erblassers anzusehen.

Kommt aber das eigene Fortkommen des Notherben in der Welt in Frage, so hat, wie die Landrechtsredactoren ja anerkennen, der Erblasser allerdings die sittliche Pflicht, dasselbe zu ermöglichen und fördern zu helfen, verletzt dieselbe also durch die Ausschließung des Notherben von der Erbfolge.

Auf Erfüllung dieser Pflicht zu dringen, hat natürlich nur der Notherbe selbst ein Interesse; daher lag es sicherlich in der Intention der Landrechtsredactoren, die Rüge einer solchen Pflichtwidrigkeit lediglich dem Pflichttheilsberechtigten selbst und nicht seinen Gläubigern zu gestatten.

Uebrigens gebricht es dem positiven Gesetze nur zu oft an der Möglichkeit, den Anforderungen der Billigkeit und wahrer Gerechtigkeit für die thatsächlichen Unstände des einzelnen Falles ein vollkommenes Genüges zu leisten, besonders da, wo wahre Gerechtfertigkeit die die Berücksichtigung von, sonst nur auf dem Gebiete der Moral und Pietät einflußreichen Verhältnissen und Beziehungen erheischt. Das Pflichttheilsrecht ist ein Ausfluß des Familienrechts und gerade die Rechtsverhältnisse, welche die Zugehörigkeit zu einer Familie im Gefolge hat, werden von wesentlich sittlichen Zwecken beherrscht und von rein persönlichen Rücksichten, deren Würdigung in ihrer eigentlichen Bedeutung und ihrem ganzen und wahren Gewichte nach, wie das Königl. Obertribunal mit Recht hervorhebt, richtig eben nur von einem selbst in diesen intimen Beziehungen stehenden Familiengliede zu erwarten ist. Die festen erzwingbaren Grenzen, welche das Gesetz seiner Aufgabe gemäß dem Rechte des einzelnen Familiengliedes im Notherbrecht giebt, werden daher gerade auch beim Pflichttheilsrechte besonders häufig für den einzelnen Fall nicht wahres Recht schaffen können.

Diesem Mangel kann das Gesetz am einfachsten abhelfen, wenn es die Geltendmachung des von ihm selbst festbegrenzten Rechts des Pflichttheilsberechtigten lediglich an dessen Person bindet und dem Pflichttheilsberechtigten so die Möglichkeit wahrt, den Forderungen der Pietät im besondern Falle selbst gerecht zu werden.

Die Landrechtsredactoren haben die innige Verwachsung des Pflichttheilsrechts mit dem, aus seiner Zugehörigkeit zur Familie des Erblassers fließendem „Rechte der Person" des Notherben nach ihren gedachten Aeußerungen sehr wohl erkannt und, da sie sich es zur Aufgabe gestellt hatten, ein dem „Naturrechte" in ihrem Sinne möglichst entsprechendes Gesetzbuch zu schaffen, kann es nicht zweifelhaft sein, daß sie jenen Weg zur Verwirklichung wahrer Gerechtigkeit dem Pflicht-

theilsberechtigten haben offen halten und ihn berechtigen wollen, wohlbegründete Anordnungen des Testators, auch wenn sie dem gesetzlichen Umfange seines Rechts nicht entsprechen, ungehindert als gerecht und weise anzuerkennen.

Paris und R. Koch wollen dies freilich nicht zugeben; es spricht aber hierfür die rein subjective Empfindung des Erblassers und des Notherben im Auge habende Aeußerung von Suarez:

> daß „der Zweck des Pflichttheilsrechts offenbar nur der sei, gegen Beeinträchtigungen ohne erheblichen Grund und gegen bloße Willkür und Eigensinn des Testators Schutz zu gewähren".

Einen ferneren Anhalt dürfte der §. 432 Thl. II Tit 2 A. L.-R. bieten.

Das allgemeine Landrecht erwähnt — wohl, weil es im §. 89 Einleitung schon allgemein gesagt hat: „wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann", — bei Beleuchtung der Wirkungen der einzelnen Rechtsverhältnisse nicht noch besonders des einem jeden Berechtigten zukommenden Klagerechts.

Nachdem also bereits durch §§. 391 und 382 Thl. II Tit. 2 vom Landrecht das Recht auf den Pflichttheil gesetzlich anerkannt ist, könnte die besondere Erwähnung seiner Klagbarkeit im §. 432 Thl. II Tit. 2 überflüssig erscheinen, es müßte denn ein besonderer Grund hierfür vorliegen.

Ein solcher Grund wäre aber nach dem Obigen einmal darin zu suchen, daß die Erzwingbarkeit dieses, seinem Inhalte nach überwiegend dem Gebiete der Moral und Pietät angehörenden Rechts als eine Ausnahme besonderer Erwähnung bedurfte, sodann aber besonders darin, daß die Ausübung dieses Klagerechts als eine der Person des Berechtigten anklebende Befugniß dargestellt werden sollte.

Nicht dagegen, sondern gerade dafür, daß dieser letztere Grund vorzuziehen ist, sprechen auch

### C. die sonstigen landrechtlichen Bestimmungen.

Allerdings liegt eine eigentliche Enterbung vor, wenn einem bona mente exheredirten Kinde nicht der Nießbrauch seines ganzen Pflichttheils hinterlassen ist. Die Anfechtung solcher eigentlichen Enterbung aber wider Willen des Enterbten Seitens dessen Gläubiger für zulässig zu halten, bietet die Vorschrift des §. 429 Thl. II Tit. 2 A. L. R. keinen Anhalt, daß

„die Gläubiger auf den einem in guter Absicht enterbten Kinde

zu belassenden Nießbrauch seines Pflichttheils Anspruch machen können".

Denn der Nießbrauch, auf den diese Bestimmung sich bezieht, muß dem pflichtheilsberechtigten Schuldner, wie §. 429 ja voraussetzt, mit dem Willen des Erblassers zugekommen sein.

Auch die Vorschrift des §. 356 Thl. II Tit. 2 A. L.-R.:

„Wie weit ein Kind der Erbschaft seiner Eltern zum Nachtheile seiner Gläubiger entsagen könne, ist nach den allgemeinen Regeln von Entsagungen zu beurtheilen",

kann, wenngleich ihre allgemeine Fassung dem nicht entgegensteht, nicht auf die Entsagung einer Notherbschaft ausgedehnt werden.

§. 377 Thl. I Tit. 2 gedruckten Entwurfs zum allgemeinen Gesetzbuch lautet freilich:

„Hat ein Kind dergleichen Disposition" — nämlich Enterbung der Ascendenten — „nicht getroffen, so sind die zur Erbfolge berufenen Ascendenten nicht befugt, dem Pflichttheil zum Schaden ihrer Gläubiger zu entsagen",

und verweist auf den, dem §. 356 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. entsprechenden §. 278 Thl. I Tit. 2 gedruckten Entwurfs:

„Doch sollen Kinder der ihnen einmal angefallenen Erbschaft ihrer Eltern zur Verkürzung ihrer Gläubiger zu entsagen nicht berechtigt sein".

Es zeigt aber der Gebrauch des Wortes: „Pflichttheil" im §. 377 cit. gedruckten Entwurfs nicht an, daß auch die Entsagung einer Notherbschaft hat für anfechtbar erklärt werden sollen. Denn seinem materiellen Inhalte nach bezieht sich §. 377 cit. nur auf Intestaterbschaften und der von ihm ablegirte §. 278 cit. gedruckten Entwurfs hat in der Lehre vom Intestaterbrecht seine Stellung angewiesen erhalten.

Wenn daher auch der gleichfalls nur in der Lehre vom Intestaterbrecht stehende §. 356 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. völlig die beiden gedachten Paragraphen des gedruckten Entwurfs hat ersetzen sollen, so kann er sich doch nur auf das Intestaterbrecht beziehen.

Hätte aber wirklich jener §. 377 gedruckten Entwurfs sich auf die Entsagung einer Notherbschaft erstrecken sollen, so weist doch die dem §. 356 cit. im Landrecht angewiesene Stellung darauf hin, daß §. 377 gedruckten Entwurfs fortgelassen ist, nicht, weil man seine Specialvorschrift nach dem allgemeinen Wortlaut des §. 356 Thl. II Tit. 2

A. L.-R. für überflüssig hielt, sondern, weil man seine absonderliche Bestimmung beseitigt wissen wollte.

Mehr als unterstützt wird diese Ansicht dadurch, daß die Bestimmung des §. 424 Thl. II Tit. 2 A. L.-R:

„Eltern können verordnen, daß die gegenwärtigen und künftigen Gläubiger des Kindes sich an die Substanz seines Erbtheils zu halten nicht berechtigt sein sollen",

oder eine ähnliche im gedruckten Entwurfe sich noch nicht vorfindet.

Eine Enterbung aus guter Absicht, auf welche dieser Paragraph der ihm angewiesenen Stellung nach sich speciell bezieht, scheint sogar hauptsächlich nur das vermögensrechtliche Interesse des Notherben zu berühren; gleichwohl aber ist nach diesem Paragraphen die Anfechtung des letzten Willens des Erblassers zu einem höchst persönlichen Rechte des enterbten Notherben gemacht. Offenbar aber kann bei Beurtheilung des Rechts der Gläubiger des Notherben gegenüber dem letzten Willen des Erblassers ihres Schuldners es keinen juristisch bedeutsamen Unterschied machen, ob der pflichttheilsberechtigte Schuldner in der Dispositionsbefugniß über den ihm gesetzlich gebührenden Erbtheil durch Belastungen oder directe Verkürzung oder gar gänzliche Entziehung eingeschränkt ist. Deshalb wird von Hanow gewiß mit Recht hervorgehoben, daß im §. 424 Thl. II Tit. 2 A. L.-R. das allgemeine Princip Ausdruck gefunden habe, daß die Anstellung der Pflichttheilsklage dem Gläubiger des Pflichttheilsberechtigten wider dessen Willen überhaupt nicht gestattet werden könne.

Im Sinne und Geiste des Landrechts ist also wegen der innigen Verwachsung des Notherbrechts mit dem Familien- und Personenrechte in der That die Wahl zwischen Antretung und Entsagung einer Notherbschaft für eine innere, nicht fungible Handlung zu halten, und die Pflichttheilsklage vom Königl. Obertribunal mit Recht nicht zu dem der Execution unterliegenden Vermögen gerechnet worden.

Wenn nun R. Koch diese Ansicht um deshalb für unzutreffend erklärt, weil Cessibilität und Vererblichkeit der Pflichttheilsergänzungsklage und die Möglichkeit einer Executionsvollstreckung in diese nicht zu bestreiten sei und auch anerkannt werde, so dürfte die im Obigen versuchte Feststellung der Heterogenität dieser und der „Pflichttheils"-Klage einer besonderen Widerlegung dieses Einwandes überheben.

Trotz ihrer Aehnlichkeit mit der Injurienklage wird man aber die freiwillige Uebertragung der Pflichttheilsklage auf einen Andern für

zulässig halten müssen, weil sie nicht, wie diese, jeglichen vermögensrechtlichen Inhalts entbehrt und weil nicht die an die Person gebundene Eigenschaft eines Notherben, sondern, wie beim Erbschaftskaufe, nur die von dieser Eigenschaft abhangenden Vermögensrechte einem Andern übertragen werden.

Die Cessibilität eines Rechts beweist aber nicht gleichzeitig dafür, daß es für den Gläubiger des Berechtigten einen Gegenstand der Execution abgiebt. Dies darzuthun, genügt wohl der Hinweis, daß gewiß Niemand den Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeldern für einen Gegenstand der Execution ansehen wird, bis der Verletzte selbst seinen Willen, ihn geltend zu machen, kund gegeben hat. In der freiwilligen Abtretung des Anspruchs liegt aber eine solche Kundgebung.

Will man endlich auch nicht mit Foerster (Theorie und Praxis I S. 234 Anm. 10) die Vererblichkeit der Pflichttheilsklage in Abrede stellen, so kann nach dem Vorgedachten von solchem Uebergange der Klage auf einen Andern, als den ursprünglich Berechtigten, nach Landrecht nicht anders, als nach römischem Rechte (L 6 Dig. 5. 2. de inoff. test.) erst die Rede sein, si iam coepta est controversia vel praeparata.

Hiermit fällt aber der letzte Grund, die Pflichttheilsklage für ein Executionsobject zu halten.

# Revision und Ober-Revision.

## Einige Bemerkungen zum neuesten Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung.

Von Herrn Geh. Finanzrath Dr. Koch in Berlin.

Im November 1867 discutirte die hiesige juristische Gesellschaft über die durch eine zündende Schrift Gneist's in neue Gesichtspunkte gerückte und als Grundlage und Vorbedingung aller Justiz-Reform geforderte Freigebung der Advocatur. Dem Einwande, daß diese Maßregel nur im Zusammenhange mit einer Reform des Civilprozesses erreichbar sei, begegnete der Verfasser mit der Bemerkung: er sehe die Aufgabe einer Prozeßreform als eine sehr schwierige, nahezu verzweifelte an; selbst unter den glücklichsten Umständen werde er nicht glauben, daß wir in zehn Jahren mit der endgiltigen Reform der Prozeßordnung zu Stande kommen. Was manchen sanguinischen Gemüthern damals angesichts der Vorbereitungen zur Norddeutschen Civilprozeß-Commission als Pessimismus erschien, hat sich nahezu bestätigt. Noch immer thürmt sich in der Geschichte dieser Rechtsbildung Entwurf auf Entwurf. Die Deutschen Prozeßordnungs-Entwürfe zählen bereits nach Dutzenden und manche neue Schicht, die anfänglich als Edelgestein, ja als Stein der Weisen gepriesen wurde, hat sich als trügerischer Flugsand erwiesen. Selbst das Deutsche Reich, wenn wir den Norddeutschen Bund als Primär-Gestalt hinzurechnen, steht bereits vor einer Tertiär-Bildung. Die norddeutsche Commission, vom Bundeskanzler in eindringlicher Rede eröffnet, gerieth bald in ein langsames Tempo. Andere gesetzgeberische Aufgaben, zum Theil fremdartiger Natur (Personal-Arrest, Genossenschaftsgesetz, Lohnarrest, Rechtshilfe) verzögerten das Hauptwerk. Endlich, kurz vor Ausbruch des französischen Krieges, nach den ermüdendsten Debatten — fünf gedruckte Quartbände der „Protokolle" füllend — war ein Entwurf vollendet, der, kaum geboren, bereits bestattet wurde. Ein Jahr darauf erschien ein neuer Entwurf nebst Begründung, im Königlich Preußischen Justiz-Ministerium bear-

beitet; und vor Kurzem hat ein dritter aus sechsmonatlichen Berathungen einer ad hoc berufenen Commission hervorgegangener Entwurf das Licht der Welt erblickt. Dieser neueste Entwurf nebst der beigegebenen ausführlichen „Begründung" ist im Wesentlichen nur eine neue Ausgabe des Ministerial-Entwurfs, dessen Principien in der Hauptsache überall adoptirt worden sind. Abgesehen von den redactionellen Verbesserungen, sind die in dem Entwurfe selbst eingetretenen Aenderungen meistens untergeordneter Natur. Die Motive sind einer abermaligen wissenschaftlichen Durcharbeitung unterworfen und durch reicheres Material, namentlich auch aus dem Gebiet der französischen Jurisprudenz, ergänzt worden; aber es sind auch ganze Abschnitte der älteren „Begründung", z. B. der allgemeine Theil, wörtlich oder doch fast wörtlich wiederholt. Dürfen wir diese Uebereinstimmung als ein Zeichen beginnender Verständigung betrachten? Nach unserer Kenntniß der Verhältnisse schwerlich. Gerade die wichtigste Aenderung, welche die beiden neuen Entwürfe an dem System des norddeutschen Entwurfs vorgenommen haben: die Abschaffung der „Berufung" und die Einführung der „Revision als ordentliches Rechtsmittel zweiter Instanz gegen die Urtheile der Landgerichte und Handelsgerichte", kann das Zustandekommen des Entwurfs gefährden, und verschiebt dieselbe vielleicht nochmals um ein Lustrum. Vom doctrinellen Standpunkte mag ja bei mündlichem Verfahren ohne Eventual-Maxime eine zweite Instanz, welche auch die thatsächliche Seite des Falles einer nochmaligen Verhandlung und Entscheidung unterbreitet, so verwerflich sein, wie dies noch neuerdings anscheinend von einem Mitgliede der Commission — in einer politischen Zeitschrift ausgeführt wurde*). Practisch scheint uns indessen ein Skepticismus in Betreff des legislatorischen Werthes eines so radicalen Bruches mit dem bisherigen System vorläufig nicht ohne Grund. Mit dem Juristentage kämpft die weit überwiegende Mehrzahl der Practiker für Aufrechterhaltung der vollen Appellation**); vereinzelte Stimmen, wie die in der „Begründung" erwähnten beiden Obertribunalsräthe (wohl die Herren Meyer und Krüger), Rechtsanwalt Levy (in Fraustadt, jetzt in Berlin) u. A. bestätigen nur die Regel. Und wenn man die Juristen wegen ihres gewohnten „zähen Festhaltens am Bestehenden" perhorrescirt, so wird auch

*) Preuß. Jahrb. Februarheft 1873 S. 162 ff. (Planck).
**) Vergl. diese Zeitschrift Bd. VI. S. 263 ff.

das rechtsuchende Publikum bedenklich sein, in Allem was Thatbestand und Beweisfrage anlangt, dem Gedächtniß, oder Genauigkeit, Auffassungsgabe und Urtheilskraft eines einzigen Gerichts das Schicksal seiner Prozesse anzuvertrauen. Selbst die Criminal-Appellation in ihrer überaus unvollkommenen Gestalt hat noch zahlreiche Freunde, obschon die Erkenntniß des Factums im Strafprozesse in den meisten Fällen nicht annähernd gleiche Schwierigkeiten bietet, als bei verwickelten Civilprocessen. Auf das Beispiel des Schiedsgerichts aber darf man sich nicht berufen; es beweist nichts, weil das Compromiß ein besonderes Vertrauen zur Person des Schiedsrichters voraussetzt, oder es beweist zuviel, weil man danach alle Rechtsmittel abschaffen müßte. Noch haben wir in einem großen Theile Deutschlands eine Ober-Appellation oder „Revision" mit beschränkter thatsächlicher Würdigung als Rechtsmittel dritter Instanz. Jetzt mit einem Schlage diese und die Appellation in größeren Prozessen abschaffen, das scheint uns ein etwas weiter Sprung. Der „Kampf um's Recht", d. h. um das verletzte Privatrecht, welchen ein geistreicher Rechtslehrer für eine moralische und politische Pflicht eines Jeden erklärt, würde dadurch freilich abgekürzt, aber er erscheint auch um so gefahrvoller. Die mühsamen Lehrjahre des mündlichen Verfahrens, wie sie jetzt in Bayern absolvirt werden, sollten vor einem zu radicalen Vorgehen warnen. Die Neigung, einen solchen Kampf um des eigenen Rechtes und um des Ganzen willen zu beginnen, würde sicherlich nicht zunehmen. Die Reichsgesetzgebung aber soll zwar nicht die Proceßsucht ermuntern, doch andererseits den Proceß so organisiren, daß dadurch die Rechtssicherheit nicht gefährdet wird.

Der neueste Entwurf ist denn auch den Gegnern wenigstens um einen Schritt entgegengekommen. Bereits der vorletzte Entwurf und dessen Begründung hatten sich bemüht, die Ueberzeugung zu erwecken, daß in der „Revision" nicht etwa die alte Nichtigkeitsbeschwerde oder eine andere Form des Cassations-Recurses, sondern eine neue Rechtsbildung — eine frei gestaltete revisio in jure — geboten werde. Aber sie halten consequent daran fest, daß das Gebiet der Thatsachen dem Revisionsrichter verschlossen bleiben müsse. Hiervon ist die Commission abgewichen, indem sie nicht bloß wegen „Verletzung des Gesetzes", sondern auch wegen „unrichtiger Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft" die Revision zuläßt (Entw. §. 479). Die „Begründung" hält dies für keine principielle Aenderung. Die Motive zur

Rechtsmittellehre, wie sie der allgemeine Theil in großen Zügen gibt, sind unverändert stehen geblieben. Die Revision und Ober-Revision werden hier als Rechtsmittel charakterisirt, welche wesentlich nur wegen Verletzung des Gesetzes offenstehen sollen. Ein kurzer Zusatz der neuen Bearbeitung erklärt diese Erscheinung aus der Absicht, „den Gedanken, auf welchem die Revision beruht, mit voller Schärfe und Klarheit hervortreten zu lassen". Auch soll die Berücksichtigung des gedachten zweiten Anfechtungsgrundes zu tief in das Detail der Lehre von der Revision und Ober-Revision führen. Die speciellen Motive beschäftigen sich indessen ebenfalls nur ziemlich kurz mit diesem Anfechtungsgrunde (S. 415 ff.) Der Schwerpunkt ruht auf der Analogie von Rechtsgeschäft (lex specialis) und Gesetz. Nicht alle Urkunden sollen der Auslegung des Revisionsrichters unterliegen, sondern eben nur die über ein Rechtsgeschäft. Hierdurch wird die Bedeutung der Ausdehnung vermindert, gleichzeitig aber ein nicht unbedenklicher Grenzbegriff aufgestellt. Anscheinend hat man dadurch den Einreden begegnen wollen, welche bereits in der norddeutschen Proceß-Commission gegen die von einer Seite befürwortete Nichtigkeit wegen unrichtiger Auslegung von Urkunden überhaupt erhoben worden sind. Man bemerkte: daß ein derartiger Nichtigkeitsfall in den Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde nicht passe; die Auslegung von Urkunden führe tief in die thatsächliche Seite des Falles und sei nicht aus dem Zusammenhange begleitender Umstände zu lösen; daß die Entscheidung lediglich auf der Auslegung einer Urkunde beruhe, sei ein seltener Fall (Prot. S. 1573). Diese Argumente werden indessen durch die angenommene Beschränkung schwerlich beseitigt. Auch Urkunden „über ein Rechtsgeschäft" sind häufig lückenhaft und nicht ohne umfassende thatsächliche Würdigung richtig zu verstehen. Andrerseits können andere Urkunden ebenso klar und vollständig wie entscheidend für den Ausgang des Processes sein*). Der einfache Rechtssinn würde es nicht verstehen, wenn trotz einer bei Auslegung von Urkunden der letzteren Art begangenen Wortwidrigkeit die Revision nicht begründet sein soll, weil die Urkunde nicht über ein Rechtsgeschäft errichtet ist. Ueberdies ist diese Grenzbestimmung nicht ganz klar. Nicht bloß der Begriff „Rechtsgeschäft" ist

*) Wir erinnern z. B. an die Auslegung von rechtskräftigen preußischen Entscheidungen, deren Verletzung andere Gesetzgebungen sogar als besonderen Nichtigkeitsgrund behandeln (die contrariété d'arrêts ou justement entre différents tribunaux — 7. Bayerische Civil-Proceß-Ordn. Art. 788 Ziff. 1, Braunschweigische Proceß-Ordn. §. 130 Ziff. 3. u. s. w.

bestritten, wie die „Begründung“ zugibt; es wird auch streitig bleiben, welche Urkunden als „über ein Rechtsgeschäft“ erachtet anzusehen sind. Sind hier nur eigentliche Dispositiv-Urkunden oder auch solche gemeint, welche in die Kategorie von Beweismitteln fallen? Soll es genügen, wenn nur einzelne Momente eines Rechtsgeschäfts aus der Urkunde hervorgehen oder einzelne Umstände, aus welchen auf ein Rechtsgeschäft geschlossen werden kann? Der Passus der Motive, der Streit über den Begriff des Rechtsgeschäfts, entbehre, „insoweit es sich um urkundlich fixirte Rechtsgeschäfte handelt“, der practischen Bedeutung, ist uns nicht verständlich. Man wird auch schwer begreifen, warum hier die Schriftform so sehr bevorzugt wird. Wenn bei Auslegung der Urkunde auch andere, sich nicht aus dem Inhalt derselben ergebende thatsächliche Verhältnisse berücksichtigt werden dürfen (Entw. §. 492), so scheint es nahe zu liegen, daß man dem Revisionsrichter auch die Auslegung solcher Willenserklärungen überweist, welche lediglich aus dem in erster Instanz gerichtlich festgestellten Thatbestande sich ergeben. Liegt bei dem vorliegenden Anfechtungsgrunde der Hauptnachdruck auf „Rechtsgeschäft“, so ist nicht abzusehen, worauf der Vorzug der urkundlichen Rechtsgeschäfte sich gründet; der unanfechtbare Thatbestand des Urtheils erster Instanz scheint uns alsdann nicht von geringerem Werthe. Liegt er auf „Urkunde“, so ist der Vorzug der rechtsgeschäftlichen Urkunden problematisch. Liegt er endlich auf „Auslegung“, so ist nicht zu erkennen, warum der vorliegende Nichtigkeitsgrund nicht alle Fälle umfaßt, wobei es auf Erforschung des streitigen Sinnes einer Aeußerung ankommt.

Die in Rede stehende Ausdehnung der Revision hat freilich auf den ersten Blick etwas Verführerisches. Einer der Haupteinwürfe gegen die Zulassung der Appellation ist die Unmöglichkeit oder Unzuträglichkeit einer Reproduction des ganzen thatsächlichen Materials vor dem Richter der zweiten Instanz, und dieser Einwurf scheint auf die Auslegung von Urkunden in der That nicht zu passen. Die obigen Bemerkungen aber werden gezeigt haben, daß die Durchführung dennoch ihre practischen Schwierigkeiten hat und die Anfügung des vorliegenden Nichtigkeits- oder wenn man will, Revisionsgrundes doch immer eine äußerliche bleibt, welche die innere Einheit des Rechtsmittels stört.

Letzteres wird sich noch mehr bestätigen, wenn wir den anderen Revisionsgrund, die „Verletzung des Gesetzes“ und das Rechtsmittel, im Ganzen betrachten. Die Terminologie:

„daß die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe"
und die Definition von Gesetzverletzung:

„das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist". (Entw. §§. 479, 480.)

ist aus dem Norddeutschen Entw. (§. 834) mit der einzigen unerheblichen Abweichung entlehnt, daß es in diesem emphatischer statt „einer Verletzung" heißt: „der Verletzung".

Die norddeutsche Commission verstand unter „Gesetz" das objective Recht im Gegensatz des gesammten Gebiets der thatsächlichen Würdigung, jede „Rechtsform" gleichviel ob dieselbe unmittelbar an einer Stelle des geschriebenen Rechts sich ausgesprochen findet, oder in einem aus Sinn und Zusammenhang von Gesetzesstellen zu entwickelnden Rechtsgrundsatze besteht, ob sie ferner dem gesetzlichen Recht im engeren Sinne oder dem statutarischen oder Gewohnheitsrecht angehört. Der gleiche Gedanke liegt dem vorliegenden Entwurfe zu Grunde (Entw. d. Einf.-Ges. §. 8). Auch die für jede objective Begrenzung untaugliche Unterscheidung des gemeinen Rechts, je nachdem der Rechtssatz bestritten oder „klar", also über jeden Zweifel erhaben ist, hat man aufgegeben.

Ebenso wenig konnte bei dem Character des Rechtsmittels als eines civilprocessualischen davon die Rede sein, dasselbe (wie nach französischem Recht) dann auszuschließen, wenn die verletzte Rechtsnorm eine ausländische ist. Denn das Partei-Interesse ist hier das gleiche, und auch die Stellung des Richters ist diesen Normen wie dem Gewohnheits- und statutarischen Rechte gegenüber grundsätzlich keine andere, als bezüglich inländischer Gesetze (cf. Entw. §. 250. Motive S. 412 413*).

Der Entwurf steht auch darin auf dem Standpunkte des norddeutschen Entwurfs, daß er grundsätzlich keinen Unterschied zwischen Normen des materiellen Rechts und des Proceßrechts anerkennt. Die Erfahrungen, welche die preußische Praxis gemacht hat, haben für den Gesetzgeber in dieser Beziehung als deutliche Weisung gegolten. Die Abgrenzung der Begriffe von „materiellem" und Proceßrecht hat sich dort unleugbar als äußerst mißlich erwiesen und zu der bedenklichsten Casuistik geführt. Man wollte indessen auch sachlich keinen Unterschied zugeben, ob eine Partei in ihrem Rechte durch Verletzung eines Rechtssatzes der einen oder der anderen Kategorie gekränkt worden ist. Der Gegenstand einer

---

*) Wegen eines anderen Unterschiedes nach dem Geltungsgebiet bei der Ober-Revision s. unten.

Rechtsnorm berührt in der That nicht die Frage nach ihrer Verbindlichkeit. Aber ob eine Rechtskränkung mittels der Verletzung begangen ist, beantwortet sich freilich bei processualischen Normen viel schwerer. Bezüglich materieller Rechtssätze ergibt die concrete Sachlage in der Regel ohne Schwierigkeit, welche Norm für die Entscheidung erheblich ist. Der Richter hat in jedem Falle eben nur diese erheblichen Normen anzuwenden. Ob er sich in anderen, vielleicht gelegentlich der Illustration wegen, angeführten Normen geirrt hat, ist gleichgiltig. Diese Normen mögen verletzt sein, d. h. der Richter mag sich zu ihnen in Widerspruch gesetzt haben. Allein das Urtheil beruht doch nicht auf solcher Verletzung und die Anfechtung ist eben deshalb unbegründet. Etwas Anderes ist es mit dem Proceßrecht. Dieses bildet einen Complex von abstracten Normen, deren wichtigster Theil in jedem Processe zur Anwendung gelangt. Innerhalb des Proceßrechtes besteht offenbar ein virtueller Unterschied. Manche Vorschriften sind so wichtig, daß davon unter keinen Umständen abgesehen, daß auf ihre Anwendung auch von den Parteien nicht verzichtet werden kann. Ein giltiges Verfahren liegt, wenn solche Vorschriften verletzt sind, überhaupt nicht vor; das Urtheil ist alsdann nicht gehörig zu Stande gekommen, obgleich vielleicht eine Beziehung der begangenen Nichtigkeit zu dem materiellen Inhalt der Entscheidung nicht erkennbar ist. Andere Vorschriften sind untergeordneter Natur; sie betreffen einzelne Prozeßhandlungen oder geben sich ihrem Inhalt nach lediglich als instructionelle. Wenn Richter oder Parteien sich über diese Vorschriften hinwegsetzen, soll dies nun die gleiche Wirkung haben, wie wenn einer jener Grundpfeiler des Verfahrens fehlt? Beide Entwürfe sind auch hierin principiell nicht verschieden. Sie erleichtern zunächst die Aufgabe des Nichtigkeits- (Revisions-) Richters wesentlich dadurch, daß sie die sog. Deckung der processualischen Nichtigkeiten durch stillschweigenden Verzicht einführen (Nordd. Entw. §. 340. D. Entw. §§. 252 489). Nur dann soll die Bestimmung nicht zur Anwendung kommen, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung die Partei wirksam nicht verzichten kann. Einer näheren Bezeichnung dieser Vorschriften enthalten sich beide Entwürfe*). Dessenungeachtet hat der deutsche Entw. (§. 481) eine Anzahl processualischer Verstöße aufgezählt

*) „Der Wissenschaft muß es überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter die Bestimmung des §. 252 fallen" — Begründung S. 274.

welche „stets" als Revisionsgrund angesehen werden sollen. Die betreffenden Vorschriften decken sich nicht vollständig mit dem Begriff der unverzichtbaren Bestimmungen. Dem Einwande der Incompetenz und der mangelnden Vertretung kann wirksam entsagt werden. Der Gedanke der gegebenen Beispiele*) ist ein anderer: Es sind die Grundlagen eines jeden Processes, welche nicht ungestraft außer Acht gelassen werden können — die alten Mängel in der Person des Richters, den Personen der Parteien und den Substantialien des Verfahrens, welche nach alter Lehre die Nichtigkeit des Urtheils nach sich ziehen, obwohl letzteres materiell vollkommen richtig sein kann. Ob eine solche Aufzählung rathsam ist, ist Gegenstand eines alten Streites. Die meisten neueren Proceßgesetze und Entwürfe stehen auf Seiten des neuesten Entwurfs**), und wir stehen nicht an, uns denselben im Allgemeinen anzuschließen. Die Gegner mögen nicht ohne Grund einwenden, daß trotz aller Hervorhebung des declarativen Characters der Bestimmung die nicht aufgeführten processualischen Vorschriften nothwendig als weniger bedeutend und leichter verletzbar erscheinen. Dennoch bietet eine derartige Liste den überwiegenden Vortheil, die Rechtseinheit gerade bezüglich der Aufrechterhaltung der Grundlagen des Processes zu sichern und die Auslegung des Fundamentalprincips (§. 479) in der Anwendung auf das Proceßrecht zu erleichtern. Aber man darf sich nicht verhehlen, daß gerade durch die Aufführung bestimmter Revisionsgründe das Rechtsmittel an Elasticität eher verliert als gewinnt und mehr dem Charakter einer Nullitätsklage genähert wird.

Dem soll nur allerdings eine andere Modification des Nordd. Entwurfs entgegenwirken. Man war in der Nordd. Commission einig, daß die Nichtigkeitsbeschwerde hinsichtlich der Beschwerdegründe nicht in derselben Weise wie die Berufung zu behandeln sei, sondern daß aus der Beschwerdeschrift wenigstens die Richtung des Angriffs unabänderlich sich ergeben müsse (Prot. S. 1581). Der Nordd. Entw. hat demnächst kategorisch vorgeschrieben, daß der einleitende Schriftsatz die bestimmte Angabe der Nichtigkeitsgründe enthalten müsse, und verordnet alsdann weiter, was zu dieser Angabe erforderlich sei (§§. 839, 840). Diese Momente sind unerläßlich, wenngleich im Uebrigen

*) „Die Vorschrift des §. 481 hat eine ausdrücklich declarative Bedeutung." — Begr. S. 417. —

**) Bayerische Proceß-Ordn. Art. 788, Pomm. Proceß-Ordn. §. 431, Würtemb. Proceß-Ordn. §. 733, Hann. Entw. §. 609, Preuß. Entw. §. 654 ꝛc.

die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Nichtigkeitsschrift Anwendung finden (§. 841). Der neueste Deutsche Entwurf fordert zwar gleichfalls eine „Begründung der Revisionsanträge“, welche, abgesehen von der hinzugekommenen unrichtigen Auslegung von Urkunden, in der Hauptsache mit jener „bestimmten Angabe der Nichtigkeitsgründe“ übereinstimmt (§. 484). Allein diese Begründung gehört nicht zu den kategorischen, die Devolution bedingenden Erfordernissen (§. 483 — „muß“), sondern ist nur instructionell vorgeschrieben („soll enthalten“). Hierin liegt in der That ein erheblichen Unterschied. Denn eine weitere Consequenz ist die, daß während nach dem Nordd. Entwurf nur über die in der Nichtigkeitsbeschwerdeschrift geltend gemachten Nichtigkeitsgründe erkannt werden kann (§§. 846, 847), der Deutsche Entwurf eine solche Beschränkung nicht enthält. Die Entscheidung des Revisionsgerichtes bewegt sich innerhalb der von den Parteien gestellten Anträge (§. 490); aber seine Prüfung ist nicht an die Begründung dieser Anträge gebunden. Dennoch wird man den Motiven schwerlich darin beitreten können, daß die Revision rücksichtlich ihrer Begründung so frei gestaltet sei, wie die Berufung (S. 50). Wäre dies der Fall, so hätten alle Vorschriften über die Begründung der Revisionsgründe entbehrlich erscheinen müssen. Was die vorbereitenden Schriftsätze enthalten sollen, ergibt der Entwurf an anderer Stelle in ausreichender Weise (§. 117). Wollte man die besondere Natur der höheren Instanz hervorheben, so genügte eine Bestimmung über den Inhalt der Revisionsanträge. Wie die Partei diese Anträge „substantiiren“ wolle, konnte ihr bei einem „frei gestalteten“ Rechtsmittel füglich überlassen bleiben, die sachliche Beschränkung der Cognition des Revisionsgerichts ergab sich anderweit zur Genüge (§§. 479—481). Daß man den Parteien vorschreibt, was sie zur Begründung der Anträge anzuführen haben (moyens de cassation) deutet auf einen innerlich beschränkten Charakter des Rechtsmittels. Dadurch aber daß dieser Vorschrift nur eine instructionelle Bedeutung gegeben ist, wird zugleich die Gefahr einer nach Zeit und Ort verschiedenen Behandlung des Rechtsmittels herbeigeführt. Die Erfahrungen, welche wir in Preußen mit dem „Recurse“ in Bagatellsachen gemacht haben, sind in dieser Beziehung bezeichnend genug. Bei dem einen Appellationsgericht wie eine Nichtigkeitsbeschwerde behandelt, was er eigentlich ist, gestaltet sich der Recurs bei anderen als eine wahre Appellation in äußerster Formlosigkeit. So würde auch die Entwickelung

der „Revision“ in den verschiedenen Bundesstaaten einen sehr verschiedenen Weg nehmen, wenn es bei den Bestimmungen des Entwurfs bleiben sollte.

Abgesehen von der vorstehend berührten Verschiedenheit stimmt die weitere Structur der Revision mit der der Nichtigkeitsbeschwerde des Nordd. Entwurfs wiederum überein. Wie nach diesem das Rechtsmittel zurückgewiesen wird, wenn die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung ergeben, die Entscheidung selbst aber sich aus anderen Gründen als richtig darstellt (§. 850), so soll das gleiche auch bei der Revision des D. Entwurfs gelten, nur daß noch der Fall der unrichtigen Auslegung von Urkunden wie die Gesetzesverletzung behandelt wird, und daß — im Einklang mit den Vorschriften über die Bedeutung der Revisionsgründe — der im Nordd. Entw. gleichgestellte Fall ausscheidet, wenn einer von mehreren selbständigen Entscheidungsgründen nicht oder nicht mit Erfolg angefochten ist (D. Entw. 493). Beide Entwürfe geben also dem Nichtigkeitsrichter hinsichtlich der rechtlichen Würdigung eine freie Stellung, insofern dieser eine ihm rechtlich begründet erscheinende Entscheidung trotz der Gesetzesverletzung, auf welcher sie äußerlich beruht, aufrechtzuerhalten hat. Im Uebrigen aber kommt in der Regel das Cassationsprincip zur Geltung. Insoweit die Nichtigkeitsbeschwerde (Revision) für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urtheil und mit ihm eventuell das von dem Mangel betroffene Verfahren zu vernichten (aufzuheben) — Nordd. Entw. §. 848; D. Entw. §. 494. — In Betreff des weiteren Verfahrens ist zwar das Vorbild des französischen Rechts*) verlassen. Da die Nichtigkeits- (Revisions-) Gerichte wahre Gerichtshöfe sind, so konnte man kein Bedenken tragen, das Gericht, an welches die Sache in Folge der Vernichtung (Aufhebung) zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wird, an die rechtliche Beurtheilung, welche der Vernichtung zu Grunde liegt, zu binden (Nordd. Entw. §. 852 Ziff. 3. D. Entw. §. 495 Alin. 1). Gewissermaßen geht also hier eine nur in den Gründen des höheren Gerichts getroffene Entscheidung in Rechtskraft über**). Beide Entwürfe haben jedoch das Cassationsprincip nicht in voller Reinheit durchgeführt***). Der höhere

*) Vergl. auch Bayerische P.-O. Art. 820.

**) Würtemb. P.-O. Art. 750, Hann. P.-O. §. 440.

***) Vergl. auch Bayerische, Würtemb. und Hann. P.-O. a. a. O. Preuß. rev. Entw. v. 1860 §. 19; Oldenb. Proz.-Ges. Art. 275; Braunschw. P.-O. §. 348, Sächs. Entw. §. 1026; Oesterr. Entw. §. 712.

Richter soll vielmehr in der Sache selbst entscheiden, wo hierzu die thatsächlichen Grundlagen ausreichend vorhanden sind. Dies ist dann der Fall, wenn das Urtheil nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß vernichtet wird (Nordd, Entw. §. 849, D. Entw. §. 495). Hier, wo sich die Entscheidung in der Sache bei Anwendung der richtigen Normen von selbst ergibt, ein neues Verfahren vor dem ersten Richter mit dem davon unzertrennlichen Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten zu veranlassen, dazu fehlt es an genügendem Grunde. Sehr viel einfacher und natürlicher ist es vielmehr, wenn das Gesetz dem oberen Richter in solchen Fällen überläßt, auch die Consequenzen der Vernichtung zu ziehen. Sind diese Zweckmäßigkeitsgrunde wesentlich für die Nordd. Proceß-Commission bestimmend gewesen (Prot. S. 1597 ff.), so sieht die Begründung des neuesten Entwurfs (S. 422) die Entscheidung in der Sache selbst grundsätzlich als Pflicht des Revisionsgerichts an und hebt die Verschiedenheit dieses Standpunktes ausdrücklich hervor. Das practische Resultat ist indessen nicht wesentlich verschieden. Statt des einen Falles („wenn der oberste Gerichtshof eine Thatsache, welche bei der vor ihm erfolgten Hauptverhandlung vorgebracht und streitig geblieben ist, für erheblich erachtet") schließt der D. Entw. die Sachentscheidung des Revisionsgerichts überall dann aus, wenn nach dem festgestellten Sachverhältniß die Sache zur Endentscheidung noch nicht reif ist. Was dieser Ausdruck bezeichnen soll, ist nicht ganz klar. Soll auch die Berücksichtigung unbestrittener Anführungen ausgeschlossen sein, wie es nach den Motiven (S. 423) den Anschein hat, so ist der Grund davon nicht abzusehen. Nach der Begründung (S. 422) sind thatsächliche Anführungen überhaupt unzulässig. Wie kann aber bei mündlichem Verfahren ohne neue Sachverhandlung in der Sache selbst entschieden werden? Der Standpunkt des Nordd. Entw., welcher „nach den für das Berufungsverfahren geltenden Vorschriften" entscheiden läßt, scheint uns hier der richtigere. Danach ist es eine Grundbedingung der Befugniß des Nichtigkeitsrichters zur Sachentscheidung, daß die thatsächliche Feststellung des Vorderrichters als vollständig und richtig anerkannt, d. h. weder in thatsächlicher, noch in rechtlicher Beziehung angefochten wird. Wird eine erhebliche Thatsache oder ein Beweismittel für eine solche Thatsache angeführt, welche der Vorderrichter zu Unrecht nicht gewürdigt hatte, so soll es nicht Sache des Nichtigkeitsrichters sein, diese Würdigung nachträglich vorzunehmen,

und ebenso wenig hat er eine falsche (thatsächlich irrige oder rechtsirrthümliche) Feststellung des Vorderrichters positiv zu verbessern. Seine Sphäre bleibt die Rechtsanwendung auf ein völlig unstreitiges Rechtsverhältniß. Innerhalb dieser Schranke aber kann er auch über sogenannte proceßhindernde Einreden erkennen, z. B. — was der D. Entw. aus Zweckmäßigkeitsgründen ausdrücklich gestattet — die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückweisen. Dagegen muß die Rückweisung überall eintreten, wenn die Entscheidung aus einem anderen das Verfahren betreffenden Grunde vernichtet ist (denn die Parteien haben unter allen Umständen ein Recht darauf, daß nicht auf ein nichtiges Verfahren in der Sache selbst erkannt werde), und in allen Fällen eines Streits über das der Sachentscheidung zu Grunde zu legende Sachverhältniß. Danach würde freilich auch bei streitig bleibender Auslegung einer Urkunde eine Sachentscheidung nicht erfolgen können. Der D. Entw. hat dies indessen anders bestimmt. Er läßt den Revisionsrichter auch dann in der Sache entscheiden, wenn die Aufhebung des Urtheils nur wegen unrichtiger Auslegung von Urkunden erfolgt. Die practische Durchführbarkeit dieser Bestimmung ist zweifelhaft. Man kann nicht ein einzelnes Moment des Sachverhältnisses ablösen und in Beziehung hierauf eine thatsächliche Würdigung gestatten, im Uebrigen aber eine solche abschneiden. Daß es zahlreiche Fälle gibt, in welchen hier die Sachentscheidung wegen mangelhaften Materials nicht möglich ist, z. B. wenn nur das Vorbringen einer erheblichen Thatsache constatirt, diese jedoch nicht weiter gewürdigt ist, erkennen auch die Motive (S. 416) an. Alle diese Fälle sollen eben durch die Clausel, wenn die Sache zur Endentscheidung „reif" ist, gedeckt werden. Die Praxis der Revisionsgerichte wird indessen in der Handhabung zweifellos weitauseinandergehen.

Trotz mancher in Vorstehendem berührten Verschiedenheit der „Nichtigkeitsbeschwerde" und der „Revision" wird eine auffallende Familienähnlichkeit beider Rechtsmittel nicht verkannt werden. Mit dem, was die Rechtssprache bisher unter Revision verstanden hat, hat das neue Rechtsmittel wenig gemein. Genau besehen, ist es im Wesentlichen eine erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, und die Erweiterungen gerade sind nicht unbedenklichen Inhalts. Vollends bedenklich ist es, dasselbe Rechtsmittel unter dem Namen der „Ober-Revision" zum Rechtsmittel dritter Instanz — gegen die in der Revisionsinstanz erlassenen Endurtheile — zu erheben (D. Entw. §§. 497, 498). In das klare

System des Justiz-Ministerial-Entwurfs ist in dieser Beziehung durch die Ausdehnung der Revision auf die unrichtige Auslegung von Urkunden ein Bruch gekommen. Die Institution des obersten Reichsgerichtshofs*) soll vor Allem der Erhaltung der Rechtseinheit dienen (Begründung S. 50 ff., 424 ff.). Den Beruf, die Rechtseinheit zu wahren, hat der Reichsgerichtshof hauptsächlich in Ansehung des Reichsrechts und gewisser großen Rechtsgruppen, welche an Bedeutung und Umfang des Geltungsgebiets dem Reichsrecht nahekommen. Der Gedanke des Entwurfs, die Ober-Revision wegen Verletzung aller Rechtsnormen zu gestatten, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Revisionsgerichts hinaus erstreckt, ist nach seiner positiven Seite hin in dem Entw. des Einführungs-Gesetzes aufgegeben. Danach (§§. 4, 5). sollen Ausnahmen in doppelter Richtung stattfinden, von deren Feststellung die Commission absehen zu müssen glaubte, weil sie für die Vollständigkeit derselben nicht einstehen könne. Je tiefer diese sachliche Beschränkung greift**), desto auffallender ist die Zulassung der Ober-Revision wegen unrichtiger Auslegung von Urkunden. Steht dem Reichsgerichtshof keine Präsumtion hinsichtlich der richtigen Auslegung von Particularrechten zur Seite, so kann man sich nichts particulärer, denken als eine Urkunde, deren Redaction vielleicht gerade an der streitigen Stelle auf Dialect - Besonderheiten, auf particulärer Notariats-Praxis oder auf Provincialismen zurückzuführen ist. Nicht minder bedenklich ist die Beschränkung der Ober-Revision auf difforme Urtheile (§. 497 D. Entw.). Das Resultat kann die Ausschließung der Wirksamkeit des Reichsgerichtshofs für ganze Bundesstaaten werden. Ist eine äußerliche Schranke nöthig, um die Ueberbürdung des obersten Gerichtshofes zu verhüten, so würden wir eine nicht zu niedrig gegriffene summa revisibilis bei Weitem vorziehen. Doch genug! Gern schließen wir uns den Worten Plank's an: „Wir halten es für viel wichtiger, daß überhaupt eine gemeinsame Proceßordnung zu Stande kommt, als

*) Die Majorität der Commission ist (wie die der Nordd. Comm. bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde) von der für präjudiciell erachteten Voraussetzung ausgegangen, daß über das Rechtsmittel der Ober-Revision nur ein Reichsgerichtshof entscheiden werde.

**) Auch formell hat sie eigenthümliche Resultate. Sie führt zunächst zu einer partiellen Rechtskraft der Gründe des Revisionsurtheils, dem Revisionsgericht gegenüber und sodann zu einer weiteren Beschränkung der Zulässigkeit einer Sachentscheidung (§. 498 Alin. 3. 4.) — Die vierte Abtheilung des zehnten Juristentages hat sich bekanntlich gegen jede Beschränkung der rechtlichen Cognition des Reichgerichtshofs erklärt. — Verh. II. S. 178 ff., 312 ff.

daß dieselbe in allen Beziehungen unseren Ansichten entspricht.*)" Aber unsere Hoffnung, daß auf der Basis des gegenwärtig vorliegenden Entwurfs eine Einigung erzielt werden möge, ist nicht stark, und daß sie nicht stärker ist, liegt wesentlich an dem Rechtsmittelsystem.

*) Preuß. Jahrb. März-Heft 1873, S. 353.

# Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts.

## Zum Handelsgesetzbuch.*)

Die nachstehende Uebersicht schließt sich an die im sechsten Bande dieser Zeitschrift mitgetheilte Zusammenstellung an. Ueber den Plan derselben ist die Bemerkung S. 61 daselbst zu vergleichen. Ich habe im vorigen Bande die zu den ersten vier Büchern des H.-G.-B's und zur W.-O. ergangenen Entscheidungen mitgetheilt. Gegenwärtig folgt zunächst eine Vervollständigung dieser Uebersichten, und zwar zuvörderst in Bezug auf das erste Buch des H.-G.-B's. Zur Verständlichkeit der Citate wiederhole ich, daß die bei Ferd. Enke in Erlangen erscheinende Sammlung mit M, die Stegemann'sche Sammlung hier mit St. und die Calm'sche Wochenschrift mit C citirt wird. Von letzterer werden die unter der Ueberschrift diverse Präjudicien sowie die unter den Miscellen mitgetheilten Erkenntnisse nach Seitenzahlen, alle übrigen Entscheidungen werden nach Band und Nummer der betr. Sammlung angeführt. Den folgenden Auszügen liegt wesentlich Band III bis VI von M, Band III bis V von St. und der zweite Jahrgang von C zu Grunde. Behrend.

### Art. 1.

#### Handelsgebrauch.**)

**1.** In dem Erkenntniß vom 28. Juni 1872 wird ausgeführt, daß unter den Handelsgebräuchen im Art. 1 nur das Handelsgewohnheitsrecht, nicht aber die Handelsgebräuche in dem weiteren Sinn blos thatsächlicher Gebräuche zu verstehen seien. Wenn demnach im Art. 1 den Handelsgebräuchen abändernde Kraft gegenüber den Bestimmungen des H.-G.-B's. versagt sei, so gelte dies zwar auch hinsichtlich der dispositiven Bestimmungen des Gesetzes, indeß nur, sofern sich kein entgegenstehendes Handelsgewohnheitsrecht bilden könne. Nicht unzulässig sei es dagegen, einen thatsächlichen Handelsgebrauch oder einen Geschäftsgebrauch, der von einer solchen Bestimmung abweiche, zum Zweck der Auslegung des Parteiwillens anzurufen. — Im concr. Fall hatte Klg. sich auf eine Berliner Börsen-Usance berufen, wonach bei Spirituszeitgeschäften der Verkäufer befugt sei, vom säumigen Käufer ohne Weiteres die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Börsenpreise des Stichtages als Schadenersatz zu fordern. Der App.-Richter erachtete diese Usance für unanwendbar, weil Parteien nicht unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Bedingungen der Mäkler-Schlußscheine contrahirt hätten; es möge dem Klg. zugegeben werden, daß Bekl., wenn er einen Kauf an der Berliner Börse verlangte***), sich auch stillschweigend den Berliner Börsen-

---

*) Zumal die zu Art. 299 mitzutheilenden Entscheidungen.

**) Bekl. war Committent des Klg's. und Klg. demnächst als Selbstcontrahent (Verkäufer) eingetreten.

Usancen habe unterwerfen wollen; allein selbst wenn diese Usancen mit den Bedingungen der Mäklerschlußscheine für identisch zu erachten seien, so könne doch Niemand als stillschweigend den letzteren sich unterordnend gelten, wenn diese gegen die gesetzlichen Vorschriften etwas feststellen wollen. Dies sei hier der Fall, da die angebliche Usance dem Klg. ein Recht ertheile, welches ihm nach Art. 357 2 nicht habe ertheilt werden sollen. Hier genüge die Berufung auf eine bloße derartige Uebung an der Börse nicht, es hätte eine Vertragsstipulation oder doch eine ausdrückliche Willenserklärung des Bekl. hinzukommen müssen. — Das O.-H.-G. hat diese Argumentation aus den oben mitgetheilten Gründen für rechtsirrthümlich erklärt; sie beruhe auf einer Verwechselung zwischen Handelsgewohnheitsrecht und Handelsgebräuchen im weiteren Sinne (M. VI. 83. C. II. 63.)

**2.** Im kaufmännischen Contocorrentverkehr soll es Gebrauch sein, daß Stillschweigen nach Empfang des Contoauszuges, zumal in Verbindung mit einer Fortsetzung des Verkehrs als Genehmigung des Auszuges, resp. des Saldos gelte. Der App.-Richter hat die Usance für unbeachtlich erklärt, weil das Anerkenntniß einen unveränderlichen, dem Handelsgebrauch entzogenen Rechtsbegriff bilde. Das O.-H.-G. hat diese Entscheidung vernichtet, weil sie, wenn man einen Handelsgebrauch im Sinne des Handelsgewohnheitsrechtes im Auge habe, gegen Art. 1, sonst gegen Art. 279 verstoße. — 27. Juni 1871 M. III. 1.

**3.** „Der App.-Richter hat den Art. 1 verletzt, indem er leugnet, daß Handelsgewohnheitsrecht die rechtlichen Voraussetzungen eines bindenden Anerkenntnisses zu bestimmen, insoweit also das bürgerliche Recht zu modificiren vermöge". 27. Juni 1871. M. III. 1.

**4.** Ein nach Berliner Börsenusancen geschlossenes Zeitgeschäft über Amerikaner ist prolongirt worden. Es frägt sich, ob auch auf das Prolongationsgeschäft die Börsenusancen Anwendung finden, obwohl in demselben auf die letzteren nicht Bezug genommen ist. Namentlich handelt es sich um die Usance, daß die Ansprüche aus der Nichterfüllung binnen 6 Wochen gerichtlich geltend zu machen sind, widrigenfalls sie erlöschen. In der bejahenden Entscheidung des O.-H.-G's. wird u. A. hervorgehoben, daß die angerufene Usance nicht als objective Rechtsnorm im Sinne des Art. 1 in Betracht komme; vielmehr werde ihre Verbindlichkeit ausdrücklich auf eine contractliche Vereinbarung gestützt. (19. März 72. M. V. 42. — C. II. 35. Der weitere Inhalt der Entscheidung wird zu Art. 279 referirt werden.

**5.** Die Parteien sind darüber einig, daß der gesammte Flachsvorrath des Klägers das Kaufobject gebildet, daß auch hinsichtlich des Kaufpreises keine Unbestimmtheit bestanden hat: es war nämlich für Kernflachs und Flachs Nr. I. 13 Thlr., für die andern Flachssorten 10 Thlr. pro Centner verabredet. Nach der Behauptung des Klgs. herrscht jedoch am Wohnort desselben, der hier zugleich Erfüllungsort ist, ein Handelsgebrauch, wonach trotz solcher Vereinbarung über Sache und Preis der Kauf vor der Sortirung nicht als perfect gilt, sondern anzunehmen ist, daß die Contrahenten sich die Sortirung des Flachses vorbehalten und ihre demnächstige Uebereinstimmung in Ansehung des Ergebnisses derselben vorausgesetzt haben. Der Geltung eines derartigen Han-

delsgebrauches steht, wenn ihm die Natur eines Handelsgewohnheits-Rechtes beizulegen ist, keineswegs, wie vom App.-Richter angenommen wird, dieser Art. entgegen, da das H.-G.-B. keine speziellen Bestimmungen über die Perfection eines Kaufvertrages enthält. Ist aber der fragliche Handelsgebrauch als Handelssitte im Sinne des Art. 279 zu beurtheilen, so folgt aus dem Wortlaut des letzteren, daß er berücksichtigt werden muß. — Zwar spricht der Umstand, daß unverzüglich nach Acceptirung der Kaufsofferte Klg. den ganzen Flachsvorrath an Bekl. abgesandt und diese gleich nach Empfang einen sehr erheblichen Theil des Kaufgeldes gezahlt habe, wobei von keiner Seite einem Vorbehalt Ausdruck gegeben worden ist, dafür, daß nach dem Willen der Parteien das Kaufgeschäft als definitiv abgeschlossen gelten sollte. Allein diese Folgerung erscheint doch nur dann berechtigt, wenn der fragliche Handelsgebrauch nicht existirt. 29. Juni 72. M. VI. 59; C. II. S. 319.

**6.** In dem angefochtenen Urtheil ist angenommen, daß nach bestehender Uebung Handlungsreisende zu Nachlässen und Vergleichsabschlüssen befugt seien. Es wird behauptet, daß eine solche Usance nach dem H.-G.-B. nicht zu berücksichtigen sei. „Die Vollmacht der Handlungsreisenden beziehe sich zunächst nur auf den Abschluß von Verkäufen; solle sie weiter gehen, so bezeichneten die Bestimmungen des Art. 49 . . . die äußerste Grenze, über welche hinaus sich die allgemeine Vollmacht nicht erstrecke. Wäre dies richtig, so würde allerdings der vorliegende Fall durch die Vorschriften des H.-G.-B.s prinzipiell geregelt sein und es dürfte alsdann auf abweichende Uebungen keine Rücksicht genommen werden, so wenig etwa ein Handelsgebrauch zu beachten wäre, zufolge dessen Handelsreisende ohne Spezialvollmacht befugt wären, für ihre Prinzipale Wechselverbindlichkeiten einzugehen oder Darlehne aufzunehmen. Allein jene Behauptung kann als richtig nicht anerkannt werden." — 14. Juni 72. M. VI. 90. (unten Nr. 28.—)

**7.** Entscheidend für die Stellung des Steuermanns von Flußfahrzeugen werden meist die Handelsgebräuche sein. Auch die amtliche Denkschrift veröffentlicht im Staatsanz. von 1862 Nr. 7 (nach Makower zu Art. 390) verweist auf Art. 1 und 279. Soll aber der Richter auf einen bestimmten Handelsgebrauch verwiesen werden, so muß derselbe behauptet und event. nachgewiesen sein." 1. Juni 71. C. II. S. 112.

### Ausländisches Recht.

**8.** Das streitige Rechtsverhältniß wäre zwar an sich nach Französischem bez. nach dem in Jassy geltenden Rumänischen Recht zu beurtheilen gewesen. Da indessen beide Theile sich nur auf das bei den Proceß-Gerichten geltende Deutsche Handelsrecht berufen haben, auch nicht erhellt, daß das Französische bez. Moldauische Recht von den hier in Betracht kommenden Vorschriften des Deutschen Handelsrechts abweicht, so hat das Bundes-O.-H.-G. keine Veranlassung gefunden, von der Anwendung des letzteren abzustehen. (15. Juni 71; M. III. 7.)

### Ausländischer Handelsgebrauch.

**9.** a) Der inländische Richter hat keineswegs nur die von den Parteien behaupteten ausländischen Gesetze, sondern alle ihm bekannten

ausländischen Rechtssätze zur Anwendung zu bringen. Er ist befugt, aber nicht verpflichtet, den Beweis ihm unbekannter ausländischer Rechtssätze von der behauptenden Partei zu fordern und darf im Zweifel annehmen, daß der ihm unbekannte Rechtssatz mit dem einheimischen übereinstimme.

b) Ist die behauptete Amsterdamer Usance ein dort geltender Gewohnheitsrechtssatz, so gehört er zu dem anwendbaren ausländischen Recht.

c) Ausländische Gewohnheitsrechtssätze sind, sofern das ausländische Recht überhaupt entscheidet, auch im Widerspruch mit dem H.-G.-B. anzuwenden. Art. 1 hat eine Rangordnung nur zwischen einheimischen, nicht zwischen einheimischen und auswärtigen Rechtsquellen festgestellt, weil einheimische und auswärtige Rechtsquellen einander nothwendig ausschließen.

d) Der behauptete von Amsterdamer beeideten Mäklern bezeugte Handelsgebrauch geht dahin, daß daselbst Schwimmende oder Linnevelly-Baumwolle allgemein unter der Bezeichnung „good fair" oder „good fair garantirt" gehandelt werde, und daß in solchem Fall der Verkäufer, wenn die schwimmende Baumwolle bei Ankunft geringer falle, eine entsprechende durch Arbiterspruch festzustellende Vergütung im Preise zu gewähren habe, daß dagegen Käufer kein Recht habe, geringeren Ausfalls halber sich vom Kaufe loszusagen oder die Empfangnahme zu beanstanden, und zwar einerlei ob overland-mail Muster beim Verkaufe vorlagen oder nicht. —

Das O.-H.-G. führt aus: dieser Handelsgebrauch sei einer doppelten Auffassung fähig: als wahrer Gewohnheitsrechtssatz oder als eine nur thatsächliche, als stillschweigendes Element der Verträge zur Feststellung des wahren Parteiwillens dienende Uebung. „Ersteres wäre anzunehmen, falls der Handelsgebrauch dahin ginge: ungeachtet eine gewisse Qualität der verkauften Baumwolle erkennbar versprochen ist, soll beim Mangel solcher Qualität der Käufer weder zur Zurückweisung bez. Dispositionsstellung noch zur Redhibition befugt sein, muß sich vielmehr mit einer Preisminderung nach dem Ausspruch von Sachverständigen begnügen. So verstanden widerspräche der Handelsgebrauch allerdings dem bürgerlichen Recht, wäre indeß für einen Fall wie den vorliegenden durch das H.-G.-B. ausdrücklich sanctionirt." Denn dies würde sich alsdann um die Festsetzung einer Refactievergütung und die dem Verkäufer zu gewährende tolérance handeln, hinsichtlich deren das H.-G.-B. im Art. 352 ausdrücklich auf die Handelsgebräuche des Erfüllungsortes verweist. Namentlich im Baumwollenhandel kommen derartige Gebräuche vielfach vor, sie beruhen auf der verständigen Erwägung daß, da erfahrungsmäßig dergleichen Beimischungen in den Productions-Ländern kaum völlig vermeidlich sind, der Verkäufer nicht chicanöser Empfangsverweigerung des Käufers ausgesetzt werden darf. Aber auch, wenn man den fraglichen Handelsgebrauch dahin verstehen wollte, beim Verkauf schwimmender ostindischer Baumwolle werde die zugesagte Qualität nicht schlechthin, sondern nur derart vertreten, daß der Verkäufer sich bei Lieferung geringerer Waare eine Preisminderung gefallen lassen müsse, so erscheint auch ein solcher Handelsgebrauch nach dem H.-G.-B. als durchaus zulässig. — Faßt man den Amsterdamer Handelsgebrauch



als einen daselbst geltenden Gewohnheitsrechtssatz auf, so müßte Bekl. denselben gegen sich gelten lassen, sie mochte ihn kennen oder nicht. — Denn Amsterdam war im vorliegenden Fall zugleich Erfüllungsort Ort des Vertragsschlusses und der Ort, wo der Verpflichtete zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung hatte. (Der übrige Theil der Entscheidung betrachtet den in Rede stehenden Handelsgebrauch vom Standpunkt des Art. 279.) — 25. Juni 72. C. II. 64.

**10.** „Die Rotterdamer Usance geht dahin, daß wenn original verschlossener Javatabacк in der Auction (abseiten der Importeure) oder aus zweiter Hand verkauft wird, der Verkäufer für die Uebereinstimmung der Qualität in den geschlossenen Packen mit der des Musterpackens nicht einsteht, der Käufer vielmehr auf eigenes Risico kauft. Nach ihr hat also die Vorlegung eines Musterpackens oder einer aus demselben genommenen Probe nicht die Bedeutung, daß der Verkäufer gleiche Qualität in den geschlossenen Packen zusage." — Diese Usance war dem Bekl., wie thatsächlich feststeht bekannt. Wollte er sich also im vorliegenden Fall, in welchem es sich um einen in R. geschlossenen Kauf von Java-Taback handelt, derselben nicht unterwerfen, so mußte er sie ausschließen. Die Klg. hatte nicht nöthig, sie zu bedingen. — 29. October 72. C. III. S. 19.

## Art. 4. (271[1] 273.)

### Bäcker als Kaufmann.

**11.** „Der Klg. macht einen Anspruch für Mehl geltend, welches der Bekl. zum Verbacken in dem von ihm als Bäckermeister betriebenen Geschäft und mithin zum Zweck der Weiterveräußerung gekauft haben soll, also aus einem Kauf, welcher nach Art. 271[1] Handelsgeschäft sein würde. In Bezug auf solche Mehlankäufe für das von ihm betriebene Bäckerei-Geschäft ist der Beklagte nach Art. 4 als Kaufmann anzusehen, da er dieselben offenbar gewerbsmäßig betreibt, wobei es unerheblich ist, ob die vom Bekl. betriebene Bäckerei und der Verkauf von Brod oder sonstigen Backwaaren über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht oder solche Weiterveräußerungen nach Art. 273[3] nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sein würden". — 6. December 71. M. IV. 48; St. V. 13; C. II. S. 151.

### Staatsfiscus als Kaufmann.

**12.** Im Erkenntniß vom 14. December 1871 wird ausgeführt, daß der Staat in Bezug auf den Betrieb einer Staatseisenbahn als Kaufmann anzusehen ist und daß der Staatsfiscus als Vertreter dieses Betriebes vor dem Handelsgericht Recht zu nehmen hat. — 14. December 71. M. III. 84; C. II. S. 119; St. V. 22.

### Minderjähriger Kaufmann.

**13.** Eine ausführliche Erörterung über die Frage, ob und in wie weit der minderjährige Kaufmann Anspruch auf die Rechtswohlthat der integrum restitutio habe, enthält das Erkenntniß vom 15. November 71. M. IV. 6.

## Art. 7.

### Uxor mercatrix.

**14.** Die N. Beschwerde hat folgenden Rechtssatz formulirt: wenn eine Handelsfrau weiß, daß ihr Ehemann mit ihrer Firma eine wechselrechtliche Erklärung zeichnet, so ist sie gebunden. In dieser Allgemeinheit kann der Satz nicht anerkannt werden. Die Haftpflicht einer Ehefrau aus solcher Zeichnung ist nach den besonderen Umständen zu beurtheilen. Es wird darauf ankommen, ob die Handelsfrau thatsächlich zugelassen hat, daß ihr Ehemann als Procurist ihr Geschäft führe oder ihre Wechsel zeichne, ob solche Wechsel in anderen Fällen von ihr honorirt sind, überhaupt ob nach der besonderen Lage eine Zustimmung der Frau zu den Acten des Mannes zu erwarten ist. — 3. Jan. 73. C. III. S. 60.

## Art. 15.

### Befugniß unter einer nicht eingetragenen Firma zu klagen.

**15.** Der App.-Richter hält es zwar für zulässig, daß der Einzelkaufmann unter seiner Firma klage, aber nur wenn dieselbe eingetragen ist. Diese Entscheidung ist, so allgemein, nicht richtig. Zunächst fragt es sich, ob überhaupt der Einzelkaufmann unter seiner Firma zu klagen befugt ist. Diese Frage ist vielfach besprochen und häufig deswegen verneint worden, weil der Einzelfirma eine rechtliche Persönlichkeit nicht zukomme und weil Art. 15 die Firma nur im Handelsbetriebe kenne. — Beide Argumente gehen fehl. Die Firma ist der Handelsname des Kaufmannes, Art. 15; sie repräsentirt kein Rechtssubject neben und außer ihm. Jedenfalls aber liefert die unter der Firma erhobene Klage eine Bezeichnung des sie führenden Einzelkaufmannes als Klägers. „Freilich ist die Firma zunächst nur der Name im Handelsbetrieb und zu letzterem gehört nicht unmittelbar der Prozeßbetrieb. Aber wenn ein Einzelkaufmann Ansprüche aus einem im Handelsbetriebe geschlossenen Geschäft vor Gericht verfolgt, so vertritt er Rechte aus einer Handelssache und es liegt im Prozeßrechte kein Grund, warum dies unzulässig sein und warum er sich hierbei seines Handelsnamens nicht sollte bedienen können. Das Prozeßrecht, namentlich auch das Preußische, fordert nur, daß ein existirendes rechtsfähiges Subject als Partei auftrete und in seiner Individualität auftrete und erkennbar bezeichnet sei." — In dieser Hinsicht erscheint nun der Inhalt des Handelsregisters als eine „öffentlich beglaubte, auch bereits veröffentlichte Ergänzung des Klage-Rubrums, welches eine registrirte Firma als Partei aufführt."

Die Frage, ob auch die Klage einer nicht registrirten Firma ohne Angabe des Inhabers schlechthin statthaft sei, will das O.-H.-G. nicht entscheiden, weil es im vorliegenden Fall hierauf nicht ankomme. Hier war nämlich in der Klage die Weingroßhandlung von Joh. S. bezeichnet. Erst in der App.-Rechtfertigung hatte Bekl. die Existenz einer Handlung Joh. S. bestritten, weil dieselbe nicht im Handels-Register in eingetragen sei. Darauf ist vom Klg. unter Beweisantretung erwidert, dem in der Klage bezeichneten Hause werde allerdings eine Weinhandlung

betrieben, Inhaberin derselben sei Frau Johanna S. Das ist vollständig genügend, da dem Bekl., sobald er es verlangte, in genügender Weise mitgetheilt sei, welche bestimmte Person ihm als Klägerin gegenüberstehe. Die Activlegitimation der Klg. zur Sache hat der App.-Richter ganz mit Unrecht in Abrede gestellt. Die Eintragung der Firma hat weder eine Bedeutung für die Kaufmannsqualität des Eingetragenen noch für den Bestand der von ihm abgeschlossenen Geschäfte. — 7. November 71. M. III. 85.

### Firma. Bedeutung im Prozeß.

**16.** Inhaber der Handlung A. F. Dinglinger sind die Wittwe D. und ein Kaufmann P. In einer Klage, welche die gedachte Handlung auf Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Waaren anstellte, bezeichnete der Sachwalter irrthümlich den verstorbenen Kaufmann A. F. D. als Inhaber. Der Irrthum kam zur Sprache bei Abnahme eines dem Kläger durch rechtskräftiges Erkenntniß auferlegten Ignoranzeides. Der Proceß-Richter nahm den Eid den gedachten beiden Socien ab. Das O.-H.-G. hält dies für gerechtfertigt und zulänglich. „Der Irthum des Sachwalters ist für die materielle Entscheidung völlig einflußlos. Es ist durchaus unwahrscheinlich, daß der Bekl. sich in gleichem Irrthum über die Person des Klägers befunden und nicht gewußt haben sollte, daß nur die Handlung A. F. Dinglingerklage, mit der er verschiedentlich in Geschäftsverbindung gestanden". — 23. December. 71. St III. S. 239.

### Firma. Bezeichnung.

**17.** „Auch das Bedenken, daß der Remittent in der Urkunde nicht, wie das Italienische Gesetzbuch verlangt, (es handelte sich um einen in Genua ausgestellten Wechsel) mit seinem vollen Vornamen, sondern nur mit N. Alexander bezeichnet ist, erledigt sich durch die Erwägung, daß N. Alexander die Firma des Nicolo Alexander ist und nach allgemeinem Handelsgebrauch der Name eines Kaufmanns im Handelsverkehr als vollständig genannt gilt, sofern derselbe mit seiner Firma bezeichnet ist". — 20. Jan. 71. C. I. 72.

## Art. 23.

### Erwerb eines Handelsgeschäfts mit der Firma.

**18.** a) Der Grundsatz, daß der Erwerber eines Handelsgeschäfts, auch dann, wenn der Erwerb unter gleichzeitiger Uebertragung der Firma stattfindet, nicht ohne Weiteres für Handelsschulden aus dem Geschäftsbetriebe des Vorgängers von den Gläubigern in Anspruch genommen werden kann*), ist von Neuem anerkannt in den Entscheidungen vom 14. und 21. Oct. und vom 5. Dec. 71. (M. III. 70, 75; IV. 41).

b) Auch daß in dem Veräußerungsvertrage die Activa und Passiva vom Erwerber übernommen sind, genügt noch nicht, um denselben den Gläubigern gegenüber haftbar zu machen; vielmehr tritt diese Haftung erst ein, „wenn das Uebereinkommen von den Betheiligten in öffentlichen Blättern oder durch Circular oder sonst allgemein bekannt gemacht wor-

*) Vgl. diese Zeitschr. Bd. 6 S. 65 fgg.

den ist". — In einem speciellen Fall hatten die Kläger behauptet, die Bekl. habe an Geschäftsfreunde den Uebergang der Handlung an sie officiell gemeldet. Das O.-H.-G. erklärte indeß auch diese Behauptung in der wesentlichsten Beziehung für unsubstanciirt, indem nicht behauptet ist, daß den Geschäftsfreunden die Uebernahme des Geschäfts mit Passivis gemeldet sei. Sie ist auch insofern unsubstanziirt, als nicht angegeben ist, wann und in welcher Form und an welche Geschäftsfreunde die Meldung erfolgt ist. Eine Mittheilung an einige wenige Geschäftsfreunde würde zweifellos nicht die Bedeutung einer öffentlichen Bekanntmachung haben, so daß andere Gläubiger, welche eine solche Meldung nicht erhalten, keine Rechte daraus herleiten könnten. Welche Rechte aber diejenigen Gläubiger, an welche die Meldung ergangen ist, daraus erlangt haben, würde sich eben nur aus dem speciellen Inhalt der fraglichen Meldung entscheiden lassen. (4. Oct. und 11. Nov. 71. M. III. 38; IV. 2).

## Art. 27.

### Firma. Unbefugter Gebrauch.

**19.** Baron Huppmann Walbella, der an verschiedenen Orten, namentlich auch in Dresden Cigarrenfabrication betreibt, wollte in Berlin eine Zweigniederlassung unter der Firma Laferme eintragen lassen, wurde aber mit diesem Antrage zurückgewiesen, weil eine gleiche Firma bereits für Bekl. (Friedländer) im Handelsreg. eingetragen sei. Er erhob nunmehr im Prozeß den Anspruch: den Bekl. zu verurtheilen, die Firma Laferme ferner nicht zu führen und die Löschung zu bewirken. Zur Begründung führte er an: 1) Die Firma Laferme sei für ihn im Firmenregister des Handelsgerichts zu Dresden eingetragen und von ihm thatsächlich bei seinem Geschäftsbetrieb im In- und Ausland geführt worden. 2) Bekl. habe keine Befugniß zum Gebrauch dieser Firma und habe nur durch Simulationen die Eintragung der Firma zu erschleichen gewußt. Der Beweis zu 2 ist geführt worden, gleichwohl ist Klg. vom App.-Richter abgewiesen worden, weil die Eintragung in Dresden nicht Laferme, sondern J. Huppmann Firma Laferme laute, welche letztere Bezeichnung sich von der ersten deutlich unterscheide. — Diese Entscheidung ist vom O.-H.-G. bestätigt. Aus den Gründen:

1. Art. 27 setzt nicht nothwendig eine das Vermögen betreffende Rechtsverletzung voraus. „Denn es wird im Gesetz unbestimmt gelassen, worin die Verletzung bestehen müsse. Namentlich also ist es nicht nothwendig, daß die Nichtbefugniß des Gebrauchs der Firma darin ihren Grund hat, daß dieselbe Firma von Demjenigen, welcher sich auf das Gesetz beruft, befugter Weise geführt wird." — „Immerhin aber gehört es zu den unbedingten Voraussetzungen des Art. 27, daß Provocant durch den unbedingten Firma-Gebrauch des Andern in seinen Rechten wirklich verletzt worden. Und solche Rechtsverletzung kann, wenn sie keinen Vermögensschaden zur Folge gehabt hat, nur ein Verbietungsrecht zum Gegenstande haben, setzt daher einen Anspruch darauf voraus, daß der Andere sich der von ihm gebrauchten Firma nicht mehr bediene". — (Unverständlich!)

In der Klage ist zwar behauptet: Klg. leide dadurch, daß Bekl. die

Firma Laferme führe, sowohl insofern schlechte Fabricate unter dieser Firma verbreitet würden und dadurch das Renommé des Klägers erschüttert werde, als dadurch Schaden, daß Kauflustige, welche die Fabricate des Klgs. begehrten, die des Bekl. erwürben. Klg. hat jedoch hierfür keine Beweismittel angeführt. (? Art. 27 Abs. 2!) — In dem Revisionsbericht hebt er besonders hervor: Bekl. beute die Firma Laferme in einer Weise aus, welche zur Verwechselung seiner Waaren und Fabricate mit den von ihm dem Klg. herrührenden führe, indem derselbe die Verpackung seiner Cigaretten in Schachteln und Päckchen täuschend nachahme, auf den Etiketten die Adressen: Petersburg, Moskau, Odessa und Warschau als seine Verkaufsplätze bezeichne, ja sogar den russischen Adler und die ihm, dem Klg. verliehenen Medaillen nachmache. Klg. selbst erkennt zwar zugleich ausdrücklich an, daß diese Bezeichnung der Waaren und Etiquetten nicht im Civilproceß gerügt werden könne. Wenn er aber trotzdem auf das gerügte Verfahren des Verkl. um deswillen, weil daraus hervorgeht, daß ihn die Führung der Firma Laferme durch den Verkl. in hohem Grade beeinträchtige und beschädige, Gewicht gelegt wissen will, so verkennt er, daß eben deswegen das fragliche Verfahren nicht im Civilprozeß gerügt werden kann, weil in ihm kein Firmagebrauch liegt".*)

„Wenn endlich Klg. seine Beschädigung daraus herleitet, daß sein Antrag, die von ihm in Berlin errichtete Zweigniederlassung in das dortige Handelsreg. unter der Firma Laferme einzutragen, deshalb abgelehnt worden ist, weil in diesem Handelsreg. die gedachte Firma bereits für den Verkl. vermerkt steht — so ist in der fraglichen Schadenszufügung doch nur dann eine Rechtsverletzung zu erblicken, wenn Klg. seinerseits ein Recht auf die Firma Laferme hat" — da die Verletzung eines anderen als des angeblichen Firmarechts des Klg.s nicht indicirt ist. — Dem Klg. lag also der Beweis seiner Befugniß zur Führung dieser Firma ob.

2. „Der App.-Richter legt mit Unrecht Gewicht darauf, ob Klg. thatsächlich die Firma Laferme geführt hat. Zwar ist das Firmarecht weder in seiner Entstehung noch in seiner Wirkung durch die Eintragung der Firma bedingt. Art. 15. Wenn aber die Eintragung stattgefunden hat, so ist hierdurch der Wortlaut der Firma zur Feststellung gebracht und dem Firmaträger die Verpflichtung auferlegt, sich lediglich dieser Firma in seinem Geschäftsbetriebe zu bedienen. Art. 25, 26. Hiernach ist die Prüfung im vorliegenden Fall auf den Inhalt der Eintragung, welche Klg. in Betreff seiner Firma bei dem Handelsgericht in Dresden bewirkt hat, zu beschränken."

Nach dem Eintragungsvermerk des Gerichts zu Dresden lautet nun die klägerische Firma: „J. Huppmann Firma La Ferme". Auf den Unterschied in der Schreibweise: La Ferme und Laferme ist zwar kein Gewicht zu legen. Entscheidend ist aber, daß der Klg. nur zur Führung der ganzen Firma berechtigt ist. „Es mag dahin gestellt bleiben, ob und welcher der beiden Firmen-Theile sich zu dem andern Theile als ein bloßer Zusatz (Art. 16, 20) verhält. — Keinesfalls darf ein bloßer Theil der Firma als solcher geführt werden, da kein bloßer Theil der

*) Auf Art. 27 kann sich der Schadensersatzanspruch in dem oben vorausgesetzten Fall allerdings nicht stützen. Ist es aber richtig, daß überhaupt kein solcher im Civilprozeß geltend zu machender Anspruch besteht?

Firma dieselbe repräsentirt, die Firma vielmehr als untrennbares Ganzes angesehen werden muß. Noch sei bemerkt, daß auf dem obgedachten Folium des Handelsregisters in der Rubrik Inhaber eingetragen steht: „„Joh. Mich. Huppmann in Dresden und Petersburg ist Inhaber der Firma““. Mit diesem Namen ist die Person des Klägers, seiner eigenen Behauptung gemäß, bezeichnet und hierdurch wird jeder mögliche Zweifel daran beseitigt, daß mit dem J. Huppmann in den Einträgen der Firma-Rubrik nicht der persönliche Name des Firmaträgers genannt sein soll". — 9. März 71. M. IV.; 53; C. II. 17: St.; V. 15.

**20.** Klg. (L. v. Faber) betreibt seit Jahren unter Firma A. W. Faber in Stein bei Nürnberg Fabrikation und Handel mit Bleistiften; seine Firma ist seit 1862 beim Handelsgericht zu Nürnberg eingetragen. Für Bekl. (Mahlu) ist im Jahr 1870 die gleiche Firma beim Stadtger. zu Berlin und demnächst als eine Zweigniederlassung des angeblichen Berliner Etablissements auch beim Handelsgericht Nürnberg bewirkt worden. Die Eintragung in Berlin wurde in der Weise erschlichen, daß zunächst ein Schlossergesell Friedrich Wilh. Alb. Faber in Berlin sich als Inhaber eines dortigen Geschäfts unter der Firma A. W. Faber eintragen ließ und daß er demnächst sein angebliches Geschäft nebst Firma an Bekl. verkaufte. Es steht thatsächlich fest, daß hierbei Seitens des Bekl. unredliche Manipulationen zu Grunde lagen und daß Bekl. die Absicht gehabt hat, auf Kosten des kläg. Geschäftsbetriebes seinen eignen zu vergrößern. Das Ob.-H.-G. geht von folgenden Erwägungen aus: Bekl. hat kein Recht, die fragliche Firma zu führen, da er keinen gleichlautenden Familiennamen trägt und der Erwerb der Firma von Jemand, der überhaupt kein Handelsgeschäft besitzt, einem von dem Handelsgeschäft, zu welchem eine Firma gehört, abgesonderten Erwerb der letzteren gleichkommt, mithin nach Art. 23 für unzulässig zu erachten ist. — Auf den im Art. 20, 21 einer bereits bestehenden Firma gewährten Schutz kann sich Bekl. nicht berufen, denn hier ist vorausgesetzt, daß der Inhaber der bestehenden Firma zu deren Führung berechtigt sei. „Gegenüber einer illegalen Firma ist der Gebrauch der gleichlautenden rechtmäßigen Firma in keiner Richtung gesetzlich beschränkt oder bedingt." — Ist hiernach das Requisit des Art. 27 vorhanden, so steht dem Kläger, wenn er durch den Gebrauch seiner Firma von Seiten des Bekl. in seinen Rechten verletzt ist, die Befugniß zu, den Bekl. sowohl auf Unterlassung der weiteren Führung als auf Schadensersatz zu belangen. Daß Klg. Bayer. Staatsbürger ist, steht seiner Legitimation zur Verfolgung seines Rechts in Preußen nicht entgegen.

Was die Frage anlangt, ob Klg. durch den unbefugten Firma-Gebrauch des Bekl. verletzt ist, so darf nicht mit dem App.-Richter darauf Gewicht gelegt werden, „daß Bekl. seine Waare ganz in der nämlichen Farbe und Form, in der nämlichen äußern Beschaffenheit und Verpackung habe anfertigen und verbreiten, auch an der nämlichen Stelle mit der Firma A. W. Faber signiren lassen, wie dies Klg. von jeher gethan, so daß die Hinzufügung des Wortes Nürnberg hinter der Firma auf den fertigen Packeten die einzige Unterscheidung zwischen der Waare der beiden Parteien bilde und gebildet habe". Die Bezeichnung eigner Waaren mit fremder Firma enthält keinen Firmamißbrauch — selbst dann nicht, wenn durch gleiche Verpackung oder ähnliche Mittel die Täuschung

des Publikums bezüglich des Ursprungs der Waare zum Nachtheil des Firmaberechtigten bezweckt wurde. Andererseits aber bedarf es zur Anwendung des Art. 27 keines Schadensnachweises, wenn der Firmaberechtigte nur auf Untersagung des weiteren Firmagebrauchs klagt. „Zur Anwendung des Art. 27 wird nach seinem klaren Wortlaut und Sinn nicht erfordert, daß sich ein Firma-Berechtigter und ein Unberechtigter gegenüberstehen. Auch ein Nichtkaufmann, also ein zur Führung der Firma um die es sich handelt, nicht Berechtigter kann zur Anstellung der durch Art. 27 gewährten Privatklage befugt sein. Unbedingte Voraussetzung ist nur die Verletzung eines, wenngleich an und für sich nicht durch Klage oder Einrede verfolgbaren Verbietungsrechtes (? ?). Ein solches aber steht dem Firmenberechtigten Demjenigen gegenüber, welcher von der Firma desselben unbefugten Gebrauch macht, in Ansehung dieser Firma ganz offenbar zu, sonst würde von einem Firmarecht überhaupt nicht die Rede sein können. In solchem Fall bedarf es daher auch keines Nachweises einer Rechtsverletzung. Dieselbe liegt schon in dem unbefugten Firmagebrauch selbst". — 22. Juni 72. M. VI. 57; C. II. 72.

## Art. 28, 34, 888, 889.

### Handelsbücher. Beweiskraft.

**21.** Der Erblasser der Klägerinnen hatte dem Bekl., seinem Procuristen, testamentarisch die Fortführung seines Handelsgeschäftes gestattet, ihm dabei jedoch die Verpflichtung auferlegt, dasselbe bis zu einem bestimmten Termine für Rechnung der Klägerinnen fortzusetzen. Bekl., auf Rechnungslegung belangt, bezog sich auf seine Handelsbücher. Die Klägerinnen wollten dieselben nur in Betreff der Guthaben, nicht dagegen in Betreff der darin vermerkten Ausgaben für beweiskräftig erachten. Das O.-H.-G. giebt dem Bekl. Recht. Die Vorschriften über die Beweiskraft der Handelsbücher finden zwar im vorliegenden Fall keine directe Anwendung, denn diese Beweiskraft ist eine Folge der anerkannten Pflicht zur ordnungsmäßigen Führung (Art. 28), während hier der Bekl. die Handelsbücher nur in Folge des zwischen ihm und den Klägerinnen bestehenden Vertragsverhältnisses und nicht zu dem Zweck um seine Handelsgeschäfte und Vermögenslage, sondern nur zu dem Zweck, um die Vermögenslage und die Handelsgeschäfte seiner Prinzipalinnen zu constatiren, geführt hat. — Gleichwohl sind die Einträge in die Handelsbücher nicht werthlos, vielmehr muß das Prinzip, welches in Art. 888 und 889 zum Ausdruck gekommen ist, Anwendung finden. Diese Art. enthalten keine singulären, blos auf das Seeversicherungswesen anwendbaren Bestimmungen, vielmehr sind sie lediglich der besondere Ausdruck eines allgemeinen Gedankens. Sie entsprechen nicht nur dem Geist des Vertrauens und des guten Glaubens, der den Handelsverkehr beherrscht und der auch den leitenden Gesichtspunkt des deutschen Handelsrechts bildet (z. B. Art. 278, 279, 377), sondern derselbe Gedanke liegt unverkennbar auch anderweiten Dispositionen des H.-G.-B's. zu Grunde, bei denen es sich um ein zur Rechnungslegung verpflichtendes Rechtsverhältniß handelt (Art. 361, verbunden mit Art. 116 Abs. 2). Es wird ferner ausgeführt, daß es im vorliegenden Fall zu ganz unmöglichen Consequenzen führen würde, „wollte man den Bekl. für verbunden halten, im Bewußt-

sein seiner vertragsmäßigen Verantwortlichkeit für jeden der Tausend von geschäftlichen Acten, welche er auszuführen hatte, neben der Einzeichnung in die Handelsbücher auch noch besondere Beläge zu sammeln und als Beweisstücke bereit zu halten". — Gestatte man dem Bekl., in Anlehnung an Art. 889, auf die Einträge in die von ihm geführten Handelsbücher auch zu seinen Gunsten „in der Regel und sofern nicht besondere Umstände Bedenken erregen, sich beziehen zu dürfen: so liege darin keine Gefährdung eines gesunden und soliden Geschäftslebens. Denn wie bei Beurtheilung der Beweiskraft der Handelsbücher überhaupt (Art. 34), so gewähre hier insbesondere „das richterliche Ermessen, geleitet durch die pflichtmäßige Erwägung aller Umstände und etwa vorliegenden Bedenken, nach Befinden unterstützt durch den Ausspruch Sachverständiger einen ausreichenden Schutz". Im vorliegenden Fall sind die Ausstellungen der Klägerinnen gegen die vom Bekl. zum Beweise benutzten Handelsbücher aus folgenden Gründen zu verwerfen:

a. Ihre Meinung, daß die Bücher in ihren ein Guthaben der Firma bekundenden Einträgen Zugeständnisse enthalten, an welche Bekl. schlechthin gebunden sei, daß dagegen die die Firma belastenden Einträge für den Beweis werthlos seien, beruht auf einer unrichtigen Auffassung vom Wesen der kaufmännischen Buchführung. Sind auch die Bücher eines Handelsgeschäfts nicht formell als Urkunden einheitlichen Inhalts anzusehen, so stehen die Einträge doch sachlich in einem durch die Regeln kaufmännischer Buchführung wie durch den Zweck vollständiger Uebersicht über alle Operationen des Geschäfts bedingten inneren Zusammenhang, der nicht willkürlich zerrissen werden darf. Es würde z. B. unzulässig sein, bei einem begebenen Wechsel zwar die Vereinnahmung der empfangenen Valuta, nicht aber die Verausgabung des im Regreßfalle gewährten Remboursbetrages als Eintrag im Cassabuch gelten zu lassen.

b. Das allgemeine unmotivirte Verneinen der Bucheinträge seitens der Klägerinnen ist schon aus processualen Gründen nicht geeignet, ein Bedenken gegen deren Glaubwürdigkeit hervorzurufen. Vielmehr hätte es zu diesem Zweck der Hervorhebung specieller Punkte bedurft. — 10. Januar 72. M. IV. 85; St. V. 40.

**22.** Der App.-Richter geht von der Erwägung aus: eine rechtliche Vermuthung dafür daß alle Geschäfte, welche der Eintragung bedürfen, auch wirklich eingetragen seien, bestehe nicht. Die Nichtexistenz eines Geschä daher aus dessen Nichteintragung in die Handelsbücher nicht gefolgert werden. Diese Argumentation enthält keinen Verstoß gegen den von der N. Beschw. allein als verletzt bezeichneten Art. 28. (Ob etwa gegen Art. 34, scheint die Entscheid. in suspenso zu lassen.) — 14. Sept. 72. C. II. S. 380.

## Art. 37 fgg.

### Handlungsbücher. Editionspflicht.

**23.** Der Streit betrifft ein zwischen dem Erblasser der Klg. und dem Bekl. gemeinschaftlich geführtes Weingeschäft. Es handelt sich um den Umfang der Editionsverbindlichkeit des Bekl. Durch die Urtheile der Vorinstanzen steht fest, daß Bekl. die eigentlich Geschäftsbücher (als gemeinschaftliches Eigenthum der socii) auch Behufs Erbringung des Klagebeweises ediren muß. Hinsichtlich der Privatbücher, die zugleich

Aufzeichnungen über das Weingeschäft enthalten, ist Bekl. dagegen nur zur Edition verurtheilt „zum Zweck der Gegenbeweisführung gegen die dem Bekl. obliegenden Einredebeweise". — Das O.-H.-G. hat erkannt, daß Bekl. auch diese sein Privateigenthum bildenden Bücher sowohl Zwecks des Klage- wie des Replikbeweises ediren müsse. Es kann dahin gestellt bleiben, ob processualisch eine Editionspflicht in diesem Umfang begründet sein würde; jedenfalls ist sie civilrechtlich vorhanden. „Bekl. war als socius verbunden über Einnahmen und Ausgaben für das Societätsgeschäft ordnungsmäßig Buch zu führen, den Klägern resp. deren Erblasser Rechenschaft zu geben und die über das Societätsgeschäft geführten Bücher den Klägern zur Einsicht vorzulegen. L. 9 S. 2. 13. Bezüglich dieser Pflicht kann es keinen Unterschied machen, ob Bekl. die auf das Societätsgeschäft bezüglichen Aufzeichnungen in ein, ausschließlich dafür bestimmtes den Socien gemeinschaftlich gehörendes Buch oder auf besondere Blätter eines im Uebrigen für die Privataufzeichnungen des Bekl. bestimmten, im alleinigen Privateigenthum des Bekl. befindlichen Buchs oder auch vermischt mit Privataufzeichnungen eingetragen hat. Denn es ist einleuchtend, daß Bekl. durch eine unordentliche Buchführung sich nicht in eine günstigere, die Kläger nicht in eine ungünstigere Position bringen kann, als wenn er die Bücher ordnungsmäßig geführt hätte (Art. 28). Es ist auch offenbar unerheblich, ob die den Bekl. allein angehenden Aufzeichnungen oder aber die das gemeinschaftliche Weingeschäft betreffenden die überwiegenden sind, den Klägern muß in jedem Fall Einsicht aller zur letzteren Gattung gehörenden Aufzeichnungen gewährt werden. Den Klg. steht entschieden die Billigkeit, welche bei Fragen über die Editionspflicht von hervorragender Bedeutung ist (L. 3 §. 11, 14 D. 10. 4; L. 1 (Cod. 2. 1) zur Seite. Selbstverstandlich ist, daß Klg. nur die auf das gemeinschaftliche Weingeschäft bezüglichen Stellen der zu edirenden Bücher einsehen dürfen, nicht aber die auf die Privatverhältnisse des Bekl. allein bezüglichen Stellen. Welche Stellen zur einen oder zur anderen Kategorie gehören, läßt sich zur Zeit nicht bestimmen, darüber müßte im Streitfall noch besondere richterliche Entscheidung erfolgen". — 5. Juni 72. M. VI. 68.

## Art. 44, 48 (86, 88, 111, 114).

### Zeichnung mit dem Namen des Machtgebers.

**24.** „Von der Unterstellung ausgehend, daß Friedrich St., der Sohn des Bekl., von diesem beauftragt gewesen, den Vertrag vom 18. Nov. 1869 abzuschließen, resp. zu unterschreiben, und feststellend, daß Friedr. St. demnächst nicht seinen, sondern des Bekl. Namen unter den Vertrag gesetzt hat, erklärt zwar der App.-Richter, daß diese Art der Unterzeichnung den Mandanten gegenüber dem andern Contrahenten verpflichten könne, allein er beschränkt diese verpflichtende Kraft auf den Fall, daß der Mandatar ausdrücklich ermächtigt gewesen, den Namen des Machtgebers zu zeichnen, denn eine Vollmacht zum Abschluß und zur Unterzeichnung eines Vertrages autorisire nicht zum Auftreten unter dem Namen des Machtgebers". — Gegen diese Erwägung richtet sich die N. Beschw. sowohl des Klg.s wie des Bekl. Ersterer behauptet die Verbindlichkeit des vom Mandatar mit der Unterschrift des Mandanten

unterzeichneten Vertrages für den Mandanten, sofern nur ein Mandats-Verhältniß vorhanden ist, auch wenn der Auftrag nicht ausdrücklich auf die Unterzeichnung mit dem Namen des Mandanten ging. Der Bekl. dagegen leugnet überhaupt die Möglichkeit, einen Mandatar zur Vollziehung eines Vertrages mit dem Namen des Mandanten zu ermächtigen. Letzterem steht hierbei namentlich die Autorität des Preuß. Ober-Tribunals zur Seite, welches die Unzulässigkeit einer derartigen vom Mandatar abgegebenen Unterschrift in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen hat (Entsch. Bd. 12 S. 419, Bd. 17 S. 461, Bd. 18 S. 207, Bd. 29 S. 293, Bd. 60 S. 323), allerdings selbst sich nicht immer treu geblieben ist (Striethorst Bd. 51 S. 352 ff.; Goldschmidt Zeitschr. Bd. 7 S. 589). — Der Grund des Ober-Tribunals beruht nicht etwa auf Besonderheiten des preußischen Rechts. Das Argument des preußischen höchsten Ger.-Hofes ist vielmehr: Der Name eines Menschen sei derart ein Theil seiner Persönlichkeit, daß sein Gebrauch nicht mandatweise einem Andern übertragen werden könne. Dieser Auffassung tritt das O.-H.-G. entgegen. Der Name ist kein Bestandtheil sondern eine Bezeichnung der Persönlichkeit. Der Gebrauch des Namens enthält eine Willenserklärung; „die Namensunterschrift soll besagen, daß der Namensinhaber durch diesen Vertrag berechtigt und verpflichtet sein will. In dem Begriff des Namens liegt mithin, Nichts was den Namensinhaber hindern könnte, einen Andern zu beauftragen, diese Willenserklärung statt seiner zu beschaffen, d. h. den Willen des Auftraggebers durch Unterzeichnung seines Namens kund zu thun. — Die rechtliche Zulassung dieser Art von Zeichnung ist im Handelsverkehr von jeher anerkannt. Gewisse Handlungsbevollmächtigte namentlich Procuranten und Administratoren sind für berechtigt erachtet worden, zu firmiren, d. h. mit dem Handelsnamen des Prinzipals verpflichtend für diesen zu zeichnen. Gesellschafter zeichnen gültig mit der Societätsfirma. Handelsnamen d. i. Firmen können sogar mit dem dazu gehörigen Geschäft überhaupt auf Andere übertragen werden. — Im H.-G.-B. ist dieser Standpunkt nicht verlassen. Der Procurist soll zunächst nicht seinen Namen sondern die Firma zeichnen (44), in gleicher Weise zeichnet der vertretungsberechtigte Gesellschafter für die Societät (86, 88, 111, 114) und daß der Hauptbevollmächtigte nicht die Firma zeichnen dürfe, ist weder aus der Fassung noch aus der Entstehungs-Geschichte des Art. 48 erkennbar. — Allerdings ist es meist üblich gewesen, der Firmazeichnung eines Vertreters einen Zusatz beizufügen, aus welchem die Stellung des Zeichnenden zum Repräsentirten erkennbar wird. Diese Uebung hat im Art. 44 und 48 Ausdruck gefunden. Aber es ist nicht die Absicht gewesen, von der Beobachtung dieser Art der Zeichnung die Rechtsbeständigkeit der letzteren abhängig zu machen. Vielmehr ist die Bestimmung im Art. 44 des Entwurfs erster Lesung, welche diese Art Zeichnung zur Rechtsgültigkeit der Zeichnung erforderte, deshalb in die jetzige Vorschrift umgeändert, weil es nur auf eine Ordnungsvorschrift, nicht aber auf eine Disposition über die civilrechtliche Giltigkeit der Zeichnung abgesehen war (Protok. S. 72—76, S. 79—81, 949, 952—55). Für die Verpflichtung des Prinzipals durch die von seinem Procuristen oder Bevollmächtigten bewirkte Zeichnung der Firma ist also nicht jener Zusatz, nicht die Beifügung des Namens des Stellvertreters sondern die Thatsache entscheidend, daß der zeichnende Procurist oder

Handlunsbevollmächtigte die Firma gezeichnet hat, resp. daß die Zeichnung innerhalb der ihm durch die Vollmacht übertragenen Befugnisse lag." — 12. März 72. M. V. 58; C. II. 33.

## Art. 47.

### Handlungsbevollmächtigter. Stromschiffer.

**25.** Ist dem Stromschiffer vom Eigenthümer des Fahrzeuges die Selbstständigkeit eines Seeschiffers angewiesen, so werden für sein Verhältniß die Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte, insbesondere Art. 47 anwendbar sein. (Amtl. Denkschr. im Staatsanz. 1862 No. 7 — vgl. auch Makower zu Art. 390). — 1. Juni 71. C. II. S. 112.

### Handlungsvollmacht. Umfang.

**26.** „Aus Art. 47 darf nicht gefolgert werden, daß wenn der dritte Contrahent wirklich nachzuweisen vermag, es falle das abgeschlossene Geschäft in den besonderen Geschäftsbetrieb des vollmachtgebenden Kaufmannes, er noch weiter nachweisen müsse, daß es auch gewöhnlich in Handelsgewerben dieser Art vorkomme, d. h. daß auch andere Kaufleute ihr Gewerbe in dieser Art betreiben. Daß die Specialität des Geschäftsbetriebes für den vermuthbaren Umfang der Vollmacht maßgebend sei, hätte sich ohne Bestimmung des Gesetzes von selbst verstanden und es wäre dem Sinne und der Tendenz des Art. 47 zuwider anzunehmen, daß er hieran etwas habe ändern wollen". (Es handelte sich um einen Kauf, den ein vom Bekl. zum Betriebe seines Handels-Gewerbes bestellter Bevollmächtigter abgeschlossen hatte. Der App.-Richter hatte festgestellt, daß der Kauf zum Gewerbebetrieb des Bekl. in seiner bisherigen Art gehört habe, während die N. Beschw. des Bekl. den Nachweis verlangte, daß das fragliche Geschäft zu denen gehöre, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringe). — 14. Juni 72. M. VI. 30.

## Art. 49.

### Handlungsreisender.

**27.** „Nach Art. 49 des zunächst maßgebenden H.-G.-B's ist der Umfang der Befugnisse eines Handlungsreisenden nach den, im Art. 47 bezüglich der Handlungsbevollmächtigten getroffenen allgemeinen Bestimmungen zu bemessen; die Vollmacht des Reisenden erstreckt sich also auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte eines Reisenden gewöhnlich mit sich bringt. Durch die Bestimmung im zweiten Satze des Art. 49, wonach die Reisenden ermächtigt sind, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen, hat nur diese einzelne Befugniß außer Zweifel gestellt werden sollen. Mit Unrecht hat aber der Appellationsrichter aus dieser gesetzlichen Bestimmung die weitere Folgerung gezogen, daß der Reisende zum Incasso aus den nicht von ihm selbst abgeschlossenen Verkäufen nicht berechtigt sei. Die Nürnberger Protokolle ergeben zweifel-

los, daß diese Frage durch das H.-G.-B. nicht hat entschieden, sondern offen gelassen werden sollen. Ebenso unrichtig ist es aber auf der anderen Seite, wenn Verklagter auszuführen sucht, daß der zweite Satz des Art. 49 dahin auszulegen sei, daß der Reisende zum Incasso aus den von ihm selbst und von seinem Reise-Vorgänger geschlossenen Verkäufen berechtigt sei. Vielmehr hat auch die Frage, ob der Reisende zum Incasso bezüglich der von seinem Vorgänger geschlossenen Verkäufe berechtigt sei, offen gelassen werden sollen. Es kommt also, da ein abweichender Handelsgebrauch nicht festgestellt worden, zunächst allein darauf an, welche Vollmacht Br. von der Klägerin erhalten hat." 14. Dezb. 71. M. IV. 59; C. II. 12; St. V. 23.

**28.** Art. 49 bezeichnet keineswegs die äußerste Grenze, bis zu welcher die Vollmacht des Handlungsreisenden sich erstrecken könne; er will nur zwei Fälle entscheiden, nicht aber andere ausschließen. Die richterliche Beurtheilung bleibt demnach für die nicht im Gesetz entschiedenen Fälle frei. In diesem Sinne ist denn insbesondere auch die Frage, ob und in wie weit der Handlungsreisende Vergleiche schließen und Nachlässe bewilligen dürfe, als eine freie zu betrachten, — um so weniger kann dies zweifelhaft sein, als der Vorschlag, für Einziehung von Geldern, Verzichte Forderungen, Vergleichsabschlüsse und Bewilligung von Zahlungsfristen Spezialvollmacht vorzuschreiben abgewiesen worden ist (Protok. S. 954) — Allerdings habe die Vollmacht des Handlungsreisenden ihre im Geist des H.-G.-B's. begründete Schranken. Ein Handlungsreisender könne nicht für befugt erachtet werden, Schenkungen zu machen oder überhaupt Verfügungen zu treffen, welche dem kaufmännischen Verkehr widerstreben, allein von einer Ueberschreitung dieser Schranken sei im vorl. Fall nicht die Rede. Hier sei ein Abkommen geschlossen, wodurch der Reisende zu dem Zweck um sofortige Zahlung zu erlangen, auf einen Theil der Forderung verzichtet habe. Ein solches Abkommen könne aber sehr wohl in das Mandat eines Handlungsreisenden fallen und es könne daher hierbei unter Umständen auch ein Handlungsgebrauch in Betracht kommen. —

Art. 49 dürfe auch nicht in der Beziehung ausschließend erklärt werden, daß es sich um ein vom Reisenden selber abgeschlossenes Geschäft gehandelt haben müßte. Auch in dieser Beziehung erscheint „in der Unterstellung, daß der Prinzipal selbst oder ein anderer Reisender den Verkauf abgeschlossen hätte, die Berufung auf einen H.gebrauch, gemäß dessen das Abkommen gültig sein soll, nicht als eine Gesetzesverletzung." — 14. Juni 73. M. VI. 90. (oben No. 6.)

**29.** Klg. hat bei G. als Reisendem der Bekl. eine Partie Säcke bestellt. Bekl., auf Lieferung belangt, räumen ein, daß sie den G. als Commis bestellt und zur Aufnahme von Bestellungen gebraucht haben. Sie behaupten aber, daß G. von ihnen nicht allgemeinen Auftrag, sie als Handlungsreisender zu vertreten gehabt habe, sondern daß sie ihn nur zu bestimmten Personen geschickt und seine Befugnisse auch anderweitig begränzt hätten. Verurtheilt pro petito. „Wenn G. Commis der Bekl. war und von diesen als Handlungsreisender zur Aufnahme von Bestellungen gebraucht wurde, konnte Klg. mit demselben ein Kaufgeschäft über ihm von Bekl. zu liefernde Waaren, welche in den Bereich ihres Handelsgewerbes fielen, wirksam abschließen. Die Einschränkungen, welche Bekl.

der Vollmacht des G. beigefügt haben wollen, würde den Klg. als Dritten nur dann berühren, wenn er sie entweder gekannt hätte oder hätte kennen müssen, insbesondere wenn die Bekl. jene Einschränkungen entweder generell bekannt gemacht oder dem Klg. speziell mitgetheilt hätten. Nichts von alledem haben aber Bekl. behauptet. Sie können sich daher auch auf die von ihnen anges. Beschränkungen der Vollmacht des G. dem Kläger gegenüber nicht berufen, sondern haben nur gegebenen Falles wegen der Vollmachtsüberschreitung Regreß gegen den Bevollmächtigten. — 14. Febr. 72. M. V. 47.

## Art. 52.

### Handlungsbevollmächtigter. Irrthum.

Die beiden Töchter des Beklagten haben ein Modewaarengeschäft unter der Firma Geschwister Sch. geführt. Nachdem sie ihre Zahlungen eingestellt, übernahm der Bekl. die Handlung, die er seitdem in demselben Laden unter eigner Firma T. C. Sch. fortgeführt. Die Töchter des Bekl. haben für dies Geschäft wiederholt Waaren vom Klg. entnommen, auf deren Bezahlung der Bekl gegenwärtig belangt wird. Das Ob.-H.-Ger. hat verurtheilt, weil es die Töchter des Bekl. als dessen Handlungsbevollmächtigte betrachtet. Es steht fest, daß dieselben die Absicht hatten, die betr. Modewaaren für das Geschäft ihres Vaters und nicht für ihre Person und Rechnung zu beziehen; denn während die Facturen und Mahnbriefe regelmäßig an „Fräulein Geschwister Sch." (die erloschene Firma) adressirt sind, tragen ihre Bestellbriefe und Stundungsbitten regelmäßig die Firma F. C. Sch., also die Firma des Bekl. — Daß aber auch Klg. in dem mehrjährigen Geschäftsverkehr Willens gewesen ist, Waaren dem Inhaber des derselben bedürftigen Geschäfts, also des bestehenden, nicht des erloschenen Geschäfts, nicht aber persönlich dem jeweiligen Besteller oder Schreiber der Bestellbriefe zu verkaufen, sich also wegen der Bezahlung an den Geschäftsinhaber zu halten, ist nicht minder selbstverständlich. Die Annahme des Gegentheils würde dem im Handelsverkehr Gewöhnlichen widersprechen, für eine solche Ausnahme fehlt es aber hier an jedem thatsächlichen Anhalt. In der Regel wird zwar derjenige als der gewollte Käufer anzusehen sein, auf dessen Namen die Factur lautet; dies waren hier die Geschwister Sch.; an dieselben hat Klg. später auch die Mahnbriefe gerichtet, ja sie sogar mit Klage und Execution verfolgt. Hierauf ist indeß unter den vorliegenden Umständen kein entscheidendes Gewicht zu legen. Denn offenbar hat Klg. irrthümlich die frühere Geschäftsfirma als noch bestehend erachtet und mit ihr die Geschwister Sch. nicht für ihre Person sondern als Geschäftsinhaber bezeichnen wollen. Wenn aber nach dem Willen der Kontrahenten aus einem Kauf der Inhaber eines H.geschäfts nicht sein Bevollmächtigter, berechtigt und verpflichtet sein soll, so ist es für diese Verpflichtung des Prinzipals ohne Bedeutung, ob der Verkäufer den Gegenkontrahenten für den Vertreter oder irrthümlich für den Geschäftsinhaber selbst gehalten hat. — 12. Sept. 71. St. III. 49.

### Procurist. Betrug.

**31.** Der Procurist eines Hüttenwerks hat betrügerischer Weise an

verschiedene Kunden aufgekauftes Koakseisen als auf dem Hüttenwerk fabrizirtes Holzkohleneisen verkauft. Die Kunden verlangen Schadensersatz vom Prinzipal. Das Ob.-H.-Ger. erachtet den Anspruch für gerechtfertigt. Die sehr eingehend motivirte Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß der hier in Rede stehende Betrug nicht sowohl als ein selbständiges, die streng subsidiäre actio doli erzeugendes Delict, sondern als eine Verletzung der schon bei Eingehung des Vertrages obliegenden Vertragsverpflichtungen erscheine und daß deswegen die Contractsklage stattfinde. Eine solche Betrugshandlung des Procuristen werde dem Prinzipal so zugerechnet, als hätte er dieselbe selbst begangen, so daß der Anspruch daraus in gleichem Umfang gegen den Prinzipal wie gegen den Procuristen zustehe. Dies sei ein durch den Art. 52 implicite anerkannter Grundsatz, im Gebiet des Handelsrechts sei demnach kein Raum für abweichende Bestimmungen der Landesgesetze in dieser Hinsicht. (A. M. Hahn. 2. Aufl. I. S. 207, 208) — 18. Juni 72 M. VI. 91.

## Stellvertretung.

**32.** Kläger fordert Herausgabe eines Wechsels, welchen er auf dem Bureau der bekl. Bank einem dort Angestellten zum Discont übergeben haben will, dessen Discontirung später von der Bank abgelehnt worden ist. Bekl. bestreitet, daß der betr. Beamte zur Entgegennahme derartiger Bestellungen beauftragt gewesen sei. Das Ob. Handelsgericht führt aus, daß hierauf kein Gewicht zu legen sei. Bekl. ist obligirt, weil sie, „nachdem die Bankverwaltung die ihr durch den Beamten ausgerichtete Bestellung angenommen hatte, den in Veranlassung der Bestellung ihr zugekommenen Wechsel, anstatt ihn, wenn sie auf des Kl. Antrag nicht eingehen wollte, zurückzugeben, behielt und anders, als vom Kl. beantragt worden war, verwendete. Ob der Beamte zur Annahme von Bestellungen im Allgemeinen oder von Bestellungen der fraglichen Art autorisirt war oder nicht, ist hierbei unerheblich. Dies schon an sich, jedenfalls aber aus dem Grunde, weil die Bankverwaltung die etwa nicht autorisirte Bestellungs-Annahme seitens des Beamten dadurch, daß sie von diesem die Bestellung sich ausrichten ließ und ihm den Wechsel abnahm, genehmigt haben würde. — Daß die Bankverwaltung ihren eigenen Beamten, welchem auf ihrem Büreau von einem Dritten eine Bestellung für sie gemacht worden war und von dem sie diese Bestellung entgegen nahm, nicht für einen Mandatar des Dritten halten konnte, so daß etwaige Versehen des Beamten dem Dritten zur Last gekommen wären, bedarf keiner Ausführung.“ — 15. Sept. 71. M. III. 51; St. III. 54.

## Agent.

**33.** G., welcher ohne nähere Bezeichnung seiner Befugnisse nur allallgemein als Agent des Klägers bezeichnet wird, steht nicht in einen Abhängigkeitsverhältniß zum Klg., ist nicht Handlungsbevollmächtigter desselben im Sinne des Art. 47 und in Ermangelung einer besonderen Vollmacht nicht als ermächtigt anzusehen, Verträge rechtsgültig für den Klg. abzuschließen. — 22. Febr. 72. M. V. 37.

**34.** Ein Agent ist zum Abschluß von Kaufverträgen nur insoweit

ermächtigt, als sein Auftrag reicht und Dritte haben keinen Grund, einen weiter gehenden Auftrag vorauszusetzen. 5. Decbr. 71. M. IV. 45.

**35.** „Ein Vertreter, der zum Abschluß bestimmter Geschäfte bestellt ist, kann zwar im Zweifel nicht für ermächtigt gelten, Dispositionsstellungen in dem Sinne anzunehmen, daß ihm die Entschließung über die Redressirung des Geschäfts, also die Genehmigung der Dispositionsstellung zustehe. Anders aber steht es um die verpflichtende Entgegennahme der Dispositionsstellung, namentlich betreffs eines Abschlusses durch einen inländischen Agenten für ein ausländisches Haus. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte ein solches Handlungshaus seinen Vertreter, an den es selbst das kaufmännische Publikum eines Orts zur Feststellung der Vertragsbedingungen und zum Abschluß der Geschäfte gewiesen hat, in der ihm solchergestalt beigelegten Eigenschaft eines Repräsentanten dann nicht mehr anerkennen, wenn der Gegencontrahent auf Grund des Abschlusses Ausstellungen gegen die Art der Erfüllung erhebt, Ausstellungen, welche lediglich bezwecken, der Annahme entgegenzutreten, der Käufer sei mit dieser Erfüllung einverstanden. Von der Judicatur sowohl als in der Literatur ist diese Befugniß des mit Verkaufsantrag versehenen Agenten bereits mehrfach anerkannt worden. — Gleichgültig erscheint hierbei, ob der in vorgedachter Weise Bevollmächtigte sein Haus von der ihm gegenüber erfolgten Bemängelung rechtzeitig in Kenntniß gesetzt hat oder nicht. Hat er es unterlassen, so ist er seinem Hause verantwortlich. Nicht aber treffen die Folgen dieser Unterlassung den Gegencontrahenten." — 9. Febr. 72. M. V. 24; St. V. 69.

**36.** „Der vom Imploranten als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz: Versicherungsgesellschaften müssen in die Bezug auf das Versicherungsgeschäft vorgenommenen Handlungen derjenigen Personen, welche sie als ihre Vertreter bezeichnen, oder der Bevollmächtigten jener Personen als für sich verbindlich anerkennen — kann in der behaupteten Allgemeinheit keineswegs als richtig anerkannt — insbesondere kann nicht eingeräumt werden, daß jeder Generalagent von Versicherungsgesellschaften ipso jure befugt sei, die s. g. Inspectoren zum Abschluß von Vergleichen mit dem Versicherten zu ermächtigen." — 23. Jan. 72. M. V. 10; C. II. S. 56.

**37.** Der Agent R. war bevollmächtigt, Namens der Versicherungsgesellschaft Versicherungsanträge entgegenzunehmen. Dies steht thatsächlich fest. Er repräsentirte demnach innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht die Gesellschaft und die Thatsachen, die hierbei zu seiner Kunde gelangten, haben als der Implorantin selbst offenbart zu gelten. „Füllte der Agent der gewonnenen Kunde zuwider den Fragebogen nicht richtig aus, so konnte dies dem Imploraten (Versicherten) um so weniger zum Nachtheil gereichen, als von einem Verschweigen dann nicht die Rede sein kann, wenn der Vertreter die fragliche Thatsache kennt." Bekannten Thatmomenten gegenüber erledigt sich die Anzeigepflicht von selbst. Dem Agenten lag in diesem Fall die Verpflichtung ob, die Gesellschaft zu benachrichtigen. Die Folgen der Nachlässigkeit des Vertreters treffen den Vertretenen, nicht den Mitcontrahenten. — 18. Oct. 72. C. II. S. 437.

**38.** Die Lebensversicherungs- und Sparbank zu Schwerin nimmt

ihren Agenten in Anspruch, weil derselbe ihr in den Jahren 1864 und 1867 ein Grundstück zur Beleihung empfohlen, welches sich hinterher als unsicher erwiesen habe und bei dessen nothwendiger Subhastation im Jahre 1869 sie ausgefallen sei. Klg. behauptet, der Schade sei durch Verabsäumung der pflichtmäßigen Diligenz seitens des Bekl., namentlich durch unrichtige Angaben über Größe und Werth des beliehenen Grundstückes entstanden. Wer trägt die Beweislast? Das Ob.-H.-Ger. führt aus, da es sich hier nicht um eine sog. aquilische Culpa handle, so müsse Bekl. als Mandatar darthun, daß er seiner Verpflichtung genügt und die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Man könne auch nicht einwenden, daß sich hier die Beweislast deswegen umkehre, weil Klg. selbst durch Eingehen auf das vom Bekl. vorgeschlagene Darlehnsgeschäft und durch unbeanstandete Fortsetzung des Schuldverhältnisses seit August 1864 bis gegen 1870 den vom Bekl. übernommenen Auftrag für erfüllt angenommen habe. Unter Umständen sei diese Umkehr der Beweislast allerdings gerechtfertigt. Nicht dagegen im vorl. Falles. „Alle von ihren Agenten vorgeschlagenen Darlehne hinsichtlich der Creditwürdigkeit der Darlehnssucher wie der Solidität der gebotenen Sicherheit in eingehender Weise zu prüfen, würde für ein Creditinstitut mit ausgedehntem Geschäftsbetriebe, wie das der Klg. notorisch ist, offenbar, wenn überhaupt, jedenfalls schwer ausführbar sein. Gerade um dieser Schwierigkeiten und Weiterungen überhoben zu sein bedient, sich Klg. bei ihren Darlehnsnegoziirungen des Beistandes von Mittelspersonen in der Eigenschaft von Agenten, auf deren pflichtmäßige Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit sie sich wesentlich verlassen muß, weil sie außer Stande ist, sich deren durch eine stete Controle zu versichern. Dies ist auch in den Agenteninstructionen — §. 43 ausgesprochen, indem hier die Prüfung der Hinterlagen in allen den Fällen, wo das Directorium außer Stande ist, deren Güte ohne Weiteres zu beurtheilen, zunächst den Agenten und zwar mit der Weisung überlassen wird, die als zweifelhaft zu betrachtenden Hinterlagen, wenn sie nicht durch Bürgschaft verstärkt werden können, sofort zurückzuweisen. Hat daher Klg. auf des Bekl. Empfehlung das Darlehnsgesuch bewilligt, so kann man darin nur den Ausdruck der Voraussetzung, daß Bekl. bei der Vermittlung dieses Geschäfts mit der erforderlichen Sorgfalt zu Werke gegangen sei, nicht aber die unumwundene vorbehaltlose Billigung seines Verhaltens erblicken, am wenigsten daraus einen Verzicht auf das Recht ableiten, Rechenschaft über das Verhalten dann zu fordern, wenn wie hier erhebliche Zweifel gegen dessen Pflichtmäßigkeit aus dem Verlauf der Sache selbst sich ergeben. Der Umstand, daß diese Rechenschaft erst mehrere Jahre nach Ausführung des Auftrages verlangt wird, erklärt sich aus der Beschaffenheit der Sache von selbst und kann daher keineswegs den Vorwurf begründen, daß Klg. die Handlungen ihres Mandatars gegen Treu und Glauben und unter Umständen, welche diesem die Rechtfertigung wesentlich erschweren, anfechte. — 1. Juni 72. M. VI. 76; O. II. 59.

**39.** „Zusicherungen von Gewinnparticipationen (Tantiemen), welche Geschäftsangestellten, Agenten, Commis u. s. w. gemacht werden, haben nicht den Zweck, die Beneficiaten zu Theilnehmern von Gewinn und Verlust zu machen. Verluste sollen sie vielmehr nur insofern treffen, als dadurch der ohne deren Eintreten zu machen gewesene Gewinn ge-



schmälert oder aufgehoben werden möchte. Ferner wird bei derartigen Stipulationen als etwas Selbstverständliches vorausgesetzt, daß periodische, in der Regel jährliche Rechnungsabschlüsse stattfinden, so daß die Gewinn- und Verlustbeträge jeder einzelnen Rechnungsperiode separat einander gegenüber gestellt werden, um zu ermitteln, ob in dem betr. Zeitraum überhaupt ein Gewinn und zwar event. ein wie großer erlangt worden und folglich ein Gewinn-Antheil zu vergüten sei. Finden auf Grund solcher Berechnungen Vergütungen statt, so verbleiben sie dem Gewinnparticipanten definitiv, wenngleich in späteren Geschäftsperioden der Verlust den Gewinn übersteigt." — 15. März 72. M. VI. 8.

## Art. 54, 57.

### Procura. Widerruflichkeit.

**40.** Klg., Handlungsgehülfe der Bekl. behauptet, ihm sei bei Erneuerung des Dienstvertrages für den Fall des Austrittes des damaligen Procuristen dessen Stelle sowie eine entsprechende Erhöhung seines Diensteinkommens zugesichert worden. Diese Zusage sei indeß nicht gehalten, die ihm verliehene Procura sei ihm wieder entzogen und die Gehaltserhöhung nicht gewährt worden. Er klagt auf Auflösung des Dienstverhältnisses und auf Schadensersatz. In II. Instanz zurückgewiesen, weil die Voraussetzungen zu einem Anspruch auf höhere Dienstvergütung nicht dargethan seien und ein vertragsmäßiges Recht auf die Procura bei deren Widerruflichkeit nicht existire. Das Ob.-H.-Ger. verwirft den hiergegen eingelegten Cassationsrekurs. — „In Erwägung, daß die vorliegende Klage nicht darauf, daß dem Kläger die Procura versprochen und dies Versprechen nicht erfüllt oder widerrufen worden sei, sondern darauf gestützt werden müßte, daß vermöge des zwischen den Parteien geschlossenen Dienstvertrages dem Klg. ein dem des früheren Procuristen entsprechender Wirkungskreis in dem inneren Geschäftsbetrieb eingeräumt gewesen und ihm dafür eine angemessene Vergütigung entweder zugesagt oder eine solche doch von ihm nach Maßgabe der geleisteten Dienste zu beanspruchen gewesen wäre; daß die Elemente eines solchen Dienstverhältnisses der vorige Richter in dem Anführen des Klg.'s, es sei ihm der Procuristenposten zugesagt oder es sei ihm versprochen worden, daß die mit dem Ausscheiden des früheren Procuristen eintretende Veränderung ihm zu Gute kommen würde, thatsächlich nicht zu erkennen vermocht hat; daß nach dieser im gegenwärtigen Verfahren nicht anfechtbaren Voraussetzung als Fundament der erhobenen Klage Nichts übrig bleibt, als die Vorenthaltung der Procura an sich, auf diese letztere aber Klg. ein Recht nicht hatte, auch vertragsmäßig nicht erwerben konnte." — 30. März 72. M. V. 77; C. II. S. 192.

## Art. 55.

### Stellvertreter. Ueberschreitung der Vollmacht.

Der Agent F. hatte von der Handlung G. & Co. den Auftrag erhalten, Kartoffelsprit Octoberabladung zu 35¼ Thlr. und Novemberabladung zu 35½ Thlr., jedoch höchstens bis 10 Faß fest zu verkaufen.

F. hat zu diesem Preise, der durch ein Versehen des Commis von G. & Co. zu niedrig angegeben war, 80 Faß verkauft, darunter 20 Faß fest, an Kl. & Co. (die jetzigen Klg.) 15 Faß verkauft. Nachträglich sind die sämmtlichen Käufe bis auf zwei Abschlüsse mit Kl. & Co. über 5 Faß October- und 5 Faß Novemberladung rückgängig gemacht worden. — Die Auftraggeber wollen jedoch auch hieran nicht gebunden sein, u. A. deswegen, weil eine auch nur quantitative Ueberschreitung der Vollmacht die Folge habe, daß der Auftraggeber gegen Dritte nicht verpflichtet werde. Entscheidung zu Gunsten des Klägers in Uebereinstimmung mit dem App.-Richter. Die Gründe führen zunächst nach preußischem (A. L. R. I. 13. §. 90) und gemeinem Recht aus, daß bei einer Ueberschreitung des Auftrags nicht die ganze Handlung auftragswidrig (contra mandatum) sei, sondern nur theilweise außerhalb des Mandats (praeter mandatum) liege; daß mithin der Auftraggeber, soweit der Bevollmächtigte die Grenzen des Auftrages nicht überschritten habe, gebunden sei. Hiermit stimmen auch die Vorschriften des H.-G.-B.'s über das Commissionsgeschäft (Art. 363, 364[1], 369[3]) überein und die Bestimmungen der Art. 289, 52, 55 stehen dieser Auffassung nicht entgegen, sondern zur Seite. Aus dem Art. 55 und dieser Entstehungsgeschichte ergebe sich insbesondere, daß nur die Frage, ob es im Falle einer Ueberschreitung des Auftrages dem Mandanten zustehe, das Geschäft zu theilen und gegen den Willen des Mandatars oder des Dritten theilweise zu genehmigen, habe offen gelassen werden sollen. Dagegen habe im Uebrigen der vorerwähnte Grundsatz nicht geändert werden sollen. — 5. Dezbr. 71. M. IV. 45.

## Art. 56.

### Lehrling.

**42**. „Obwohl nach der Sachdarstellung des Klg's. im vorl. Fall von einem gerichtlichen Einschreiten im disziplinarischen Wege nicht die Rede sein kann, da es sich hier nicht, wie bei der vom Klg. allegirten Entscheidung vom 17. März 1871 (Band VI. Nr. 29) um eine vom Lehrherrn in Einverständniß mit dem Vater lediglich gegen den Lehrling selbst angerufene Hilfe des Gerichtes sondern vielmehr um eine gegen den Lehrling und dessen Vater zu erzwingende Erfüllung des Lehrcontracts handelt — so war doch der (als Beschwerde bezeichnete) Antrag als eine civilprocessualische Klage aufrecht zu erhalten und zu behandeln, da er, abgesehen von dieser Bezeichnung, Alles enthält, was zur Anstellung einer solchen erforderlich ist." — 14. Febr. 72. M. V. 31.

## Art. 58.

### Reisespesen.

**43**. Der Bekl., früherer Reisender der Klg., behauptet, letztere hätten ihm gegenüber erklärt: „selbstverständlich werde das Haus vergüten, was Bekl. auf den Reisen gebrauche, doch solle er den Versuch machen, mit 6½ Thlr. pro Tag auszukommen." Klg. haben, wenn diese Erklärung abgegeben worden, damit doch gewiß nicht beabsichtigt, „sich

der künftigen Entschließung darüber zu begeben, ob und in wie weit sie dem Bekl., dafern er mit dem Normalsatz von 6½ Thlr. pro Tag nicht auskommen sollte, dasjenige, was dieser ihnen als wirklichen Bedarf aufgeben werde, bewilligen wollten oder nicht. — Kommt es doch bei der Bemessung der Reisespesen wesentlich auf das Ermessen der Betheiligten und auf den Gesichtspunkt an, von welchem aus der Reisende und der Prinzipal die Frage: welcher Aufwand ist angemessen und dem Zweck der Reisen entsprechend? beantworten, und daß hierbei eine erhebliche Divergenz der Betheiligten entstehen kann, ist klar." — 29. Novbr. 71. M. IV. 82; St. V. 5.

## Art. 61.

### Kündigung.

**44.** Der Bekl. (Prinzipal) schreibt am 17. Oct. an den Klg.: „Von dieser Sachlage aus werden Sie mir zugeben müssen, daß ich zu den vorstehenden Ausstellungen völlig berechtigt bin und daß mir keine Wahl bleibt, als für den Fall, daß die Ergebnisse Ihrer Transactionen auch fernerhin den erforderlichen Gewinn vermissen lassen sollten, unseren Contract nach Ablauf von 3 Monaten als gelöst zu betrachten. Eine weitere Fortdauer desselben liegt ganz in ihrer Hand." — Klg. findet in dieser Erklärung nur einen Versuch der Kündigung, dem er seiner bedingten Fassung halber jede Wirkung abspricht. — „Dem war beizupflichten." — Es ist um so mehr zu fordern, daß die Kündigung des Prinzipals bestimmt erklärt werde, als sie ganz vom freien Ermessen desselben abhängt. Deshalb ist es auch nicht ausreichend, wenn Bekl. in einem späteren Briefe vom 17. Oct. erklärt: „„Uebrigens habe ich meine Kündigung ausdrücklich als eine bedingungsweise bezeichnet. Gelingt es Ihnen im Laufe der nächsten drei Monate der Firma Nutzen zu bringen, so wäre damit die Ursache der Lösung geschwunden."" — „Denn auch die neuere Erklärung giebt der Kündigung nur einen eventuellen Charakter. Bekl. betont selbst ihre Bedingtheit und hebt hervor, daß sie unter Umständen zur Lösung des Verhältnisses führen solle. Eine solche Kündigung verfehlt also ihren geschäftlichen Zweck, entbehrt also rechtlicher Wirkung." — 22. Dezbr. 71. M. IV. 69.

## Art. 62. Abs. 2.

### Richterliches Ermessen.

**45.** Das richterliche Ermessen ist völlig frei, der Richter hat lediglich zu erwägen, ob die angeführten Gründe im gegebenen Fall wichtig genug sind, um die vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses zu rechtfertigen. „Die einzelnen Fälle der Art. 63 und 64 sind lediglich Beispiele und keineswegs dazu bestimmt, aus ihnen gewisse Prinzipien herzuleiten und hierdurch dem richterlichen Ermessen eine feste Grenze zu setzen." Allerdings können sie unter Umständen dem Richter einen Anhaltspunkt für die Ausübung seines Ermessens bieten. — 1. Juni 72. M. VI. 45.

## Art. 64.

### Handlungsgehülfe. Untreue.

**46.** Die Instanzrichter haben festgestellt, daß dem Bekl. in seinem Gebahren mit dem Inkasso, beziehungsweise in der Anzeige des Einganges der von ihm eingehobenen Gelder eine Verletzung seiner Dienstpflicht in solchem Umfang zur Last fällt, daß von einem entschuldbaren Versehen nicht die Rede sein kann. Bekl. bestreitet, daß hierin eine „Untreue" (Art. 64,1) oder eine derselben gleichzustellende schwere Pflichtverletzung zu erblicken sei. Ob in dem Fall des Art. 64 Nr. 1 der Nachweis des Dolus unerläßlich sei, kann dahin gestellt bleiben. Die im Art. 64 Nr. 1—6 aufgeführten Fälle sind nur Beispiele, dazu bestimmt, dem richterlichen Ermessen einen Anhalt zu bieten, nicht aber, ihm eine absolute Grenze zu bieten. Leitend bleibt das im Art. 62[2] aufgestellte Princip, daß die Beurtheilung der Wichtigkeit des im concreten Fall einschlagenden Grundes dem Ermessen des Richters überlassen bleibt. Im vorliegenden Fall aber enthält das Verhalten des Bekl. objectiv betrachtet, eine so unverantwortliche Verletzung der Dienstpflicht und der Verdacht der Untreue liegt so nahe, daß die sofortige Lösung des Dienstverhältnisses gerechtfertigt erscheint. — 29. Nov. 71. M. IV. 82.

### Haftung des Principals für Verschulden seiner Gehülfen.

**47.** Es handelt sich darum, ob der Bekl., dem Klg. den Druck von Landkarten übertragen und zu diesem Behuf einen gravirten Stein übergeben hat, für das Zerspringen dieses Steines hafte. Bekl. verweigert den Schadensersatz u. A. deswegen, weil der Schaden bei seinem Factor entstanden sei. Der App.-Richter hat, entsprechend der Behauptung des Bekl. demselben den Beweis freigelassen, daß von dem Factor eine sorgfältige Ausführung des ihm aufgetragenen Druckgeschäftes zu erwarten gewesen sei. Das O.-H.-G. erachtet den dahin gehenden Einwand des Bekl. für unzulässig. Die Gründe berühren unter Bezugnahme auf die Abhandlung von Goldschmidt (Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 16. S. 287 ff.) die Frage, ob der Uebernehmer eines Werkes für den Schaden, den seine Gehilfen bei Ausrichtung des Werks veranlaßt habe, persönlich hafte. Dieselbe wird indeß nicht allgemein entschieden. „Denn selbst wenn man die unbedingte Haftpflicht des Principals für seine Gehilfen grundsätzlich verneint, greift diese Haftpflicht unbestritten doch dann Platz, wenn der Uebernehmer persönliche Mitwirkung bei Herstellung des Werkes versprochen und die Garantie für seine Gehilfen übernommen hat. (Goldschmidt S. 298 ff., 320, 324). Dabei ist nicht der Wortlaut ausdrücklicher Stipulationen entscheidend sondern der aus den begleitenden Umständen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu entnehmende Vertragswille der Betheiligten. (Art. 279). — Als unbestreitbar darf angesehen werden, daß der Besteller häufig, ohne sich besonders auszusprechen, nur mit Rücksicht auf die besondere Arbeitstüchtigkeit und bewährte Sorgfalt des Uebernehmers diesen mit der Ausführung des Werks betraut. — Wo diese Voraussetzung zutrifft, erwartet der Be-

steller von dem Uebernehmer bei Eingehung des Vertrages offenbar ein Mehreres als die bloße Auswahl eines geigneten Gehilfen, nämlich eine eigene Mitwirkung des Prinzipals, mag diese auch bei — fabrikmäßiger Arbeitstheilung nur in der sorgfältigen Ueberwachung der Gehilfen sich äußern. Durch vorbehaltlose Uebernahme einer derartigen Bestellung gibt der Prinzipal thatsächlich die Zusage besonderer Aufsichtsführung und sorgsamer Obhut über das zu diesem Zweck anvertraute Gut, — wodurch er zwar nicht schlechthin jede Gefahr, wohl aber die Verpflichtung zur Anwendung aller, auch an sich außergewöhnlicher Maßregeln zur Abwendung einer Beschädigung übernimmt. Er übernimmt aber dadurch zugleich und nothwendig die Gewähr für die Verschuldung seiner Leute innerhalb der Grenzen der Werkausführung." Die Gehilfen sind hier nicht Substituten des Werkübernehmers, sondern bloße Arbeitsorgane gleich physischen Werkzeugen. — Das trifft auch im vorliegenden Fall zu. Das hier in Rede stehende Werk setzte besondere Gewissenhaftigkeit, Sachkenntniß und Sorgfalt voraus und es war offenbar ein in die persönlichen Eigenschaften des Bekl. gesetztes Vertrauen, welches den Klg. zur Uebertragung des Kartendrucks veranlaßt hat. Dies erscheint so selbstverständlich, daß es eines besonderen Hinweises des Klägers darauf beim Vertragsschluß nicht bedurfte. Bekl. hatte demnach dem in ihn gesetzten Vertrauen durch sachgemäße Ueberwachung des Gehilfen zu entsprechen. Was Letzterer versah, „konnte Bekl. voraussetzlich und mußte es nach dem zu vermuthenden Vertragswillen der Parteien abwehren. Geschah dies nicht, so liegt liquid vor, daß er entweder vertragswidrig die Ueberwachung unterlassen oder daß dieselbe, was im Erfolge gleich, eine mangelhafte gewesen. Aber nicht allein deshalb, weil Bekl. verpflichtet war, die beschädigende Handlung durch Anwendung erforderlicher Aufmerksamkeit in der Ueberwachung abzuwenden, haftet er für die neglecta des Gehilfen, sondern auch deshalb, weil die angegebenen Thatumstände mit zulänglicher Bestimmtheit den Willen der Betheiligten manifestiren, daß Bekl. die Garantie für seine zur Ausführung des übertragenen Werkes benutzten Arbeitsorgane zu übernehmen hatte." — 8. Dez. 71. M. IV. 50; C. II. S. 159; St. V. 14.

## Art. 81.

### Mäkler.

**48.** „Bekl. ist Börsenmäkler. Der Mäkler als solcher ermittelt eine zum Geschäftsabschluß geeignete Person und überbringt die für diesen Zweck erforderlichen Erklärungen der Parteien. Er tritt aber nicht als Repräsentant der Partei sondern nur als Zwischenträger auf. Seine Dienstleistung ist rein factischer Natur. Obwohl er den Consens der einen Partei der andern Partei übermittelt, erklärt er doch diesen Consens nicht im Namen und als Stellvertreter der Partei. Wird auf dem bezeichneten Wege die Uebereinstimmung des Willens der Betheiligten herbeigeführt, so gilt das Geschäft für abgeschlossen. Der Mäkler als solcher schließt jedoch nicht ab, sondern bekundet nur den Abschluß." — Hieraus wird gefolgert, daß der Bekl., da im vorliegenden Fall seine Thätigkeit nicht über die eines Mäklers hinausgegangen sei, auch nicht

als falsus procurator in Anspruch genommen werden könne. Die Frage, ob der Mäkler, wenn er sich über den vermeintlichen Consens der Contrahenten schuldbarer Weise geirrt habe, der dadurch beschädigten Partei zur Schadloshaltung verpflichtet sei, ist im Art. 81 in Betr. der amtlichen Handelsmäkler bejaht. Unzweifelhaft ist hierin ein allgemeines auch auf Privatvermittler anwendbares Princip enthalten. Indeß nach dieser Richtung entbehrt die Klage der thatsächlichen Begründung. — 12. Jan. 72. M. I.V 86; St. V. 41; C. II. 20.

---

# Literatur.

## 1.

## Zum Preußischen Grundbuchrecht.

### (Literaturübersicht. — Das Recht zur Sache. — Die Lehre von den Vormerkungen. — Arrest.)

Von Behrend.

1) Werner, F. Kreisger.-Dir. Die Preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze vom 5. Mai 1872 nebst Materialien. Erster Theil: Gesetze und Ausführungs-Verordnungen. Zweiter Theil: Materialien. Urkundlich geordnet. Berlin, 1872. Kortkampf. 154 und 212 S. gr. 8.
2) Philler, O. Kreisrichter. Das Gesetz über den Eigenthums-Erwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbstständigen Gerechtigkeiten, die Grundbuchordnung und das Stempelabgabengesetz vom 5. Mai 1872. Mit einem Commentar auf Grund der Materialien, der Rechtsprechung des Ober-Tribunals und der bisher. Gerichtspraxis, sowie mit einem Anhang, enthaltend die übrigen, bei Bearbeitung der Grundbuchsachen unentbehrlichen Gesetze, welche noch Gültigkeit haben, und mit einem ausführlichen Sachregister. Magdeburg. E. Baensch. 1872. 151 S. gr. 8.
3) Achilles, Al., Stadrichter. Die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht, herausgegeben mit Einleitung und Commentar in Anmerkungen. Berlin. J. Guttentag. 1872. 248 S. gr. 8.[1])
4) Bahlmann, W., Kreisger.-Dir. und Mitgl. des Hauses der Abg. Das Preußische Grundbuchrecht. Die Gesetze vom 5. Mai 1872 — mit einem ausführlichen Commentar in Anmerkungen nebst den in Kraft gebliebenen ergänzenden Gesetzen sowie Tabellen zur Berechnung der Kosten und Stempel und den erläuterten Ausführungs-Verfügungen des K. Justiz- und Finanz-Ministeriums. Zweite verbesserte Ausg. Berlin. 1872. Fr. Vahlen. 514 S. 8.
5) Förster, Fr., Dr., Geh. Ober-Justiz-Rath. Preußisches Grundbuchrecht. Berlin. G. Reimer. 1872. 224 S. 8.
6. Dernburg, H., Dr., Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Erster Band. Zweite Abtheilung: Allgemeiner Theil des Sachenrechts. (Grundbuchverfassung und Agrargesetzgebung und Eigenthumsrecht). Halle. Buchhandlung des Waisenhauses. 1872. 8.

Vorstehende Uebersicht zeigt, wie eifrig die preußische Jurisprudenz bemüht ist, der Gesetzgebung vom 5. Mai 1872 gerecht zu werden. In

---

[1]) Seitdem ist eine zweite vermehrte und verbesserte Auflage erschienen, die aber bei dieser Besprechung nicht mehr zu Grunde gelegt werden konnte, daher hier regelmäßig die erste Auflage citirt wird.



der kurzen Zeit seit dem Inslebentreten der neuen Gesetze sind eine Materialiensammlung, drei Commentare, zwei systematische Darstellungen nicht nur unternommen, sondern mit Ausnahme der in Dernburg's Lehrbuch enthaltenen, auch bereits abgeschlossen werden. Noch mehr als die Zahl der Schriften will die Thatsache besagen, daß dieselben sämmtlich schätzbare Beiträge für das Verständniß der genannten Gesetze enthalten, zum Theil sogar wissenschaftlich werthvolle Erörterungen darbieten. Ein neuer Beweis, daß eine von schöpferischen Grundlagen ausgehende Gesetzgebung auf Rechtswissenschaft und Literatur wohlthätig befruchtend einwirkt.

Zur Characteristik der einzelnen Schriften mag hier Folgendes hervorgehoben werden.

Werner liefert neben dem mit Verweisungen auf die betr. §§. der Regierungsvorlage und der Landtagsentwürfe versehenen Text der Gesetze, an welchen sich die bis zum Erscheinen des Buches ergangenen Ausführungs-Verordnungen des Justiz- und Finanzministers und ein Inhaltsregister anschließen, die Motive, die Kommissionsberichte und den stenographischen Bericht über die Plenarverhandlungen in beiden Häusern des Landtages, so daß sich hier die Materialien der Gesetze, soweit sie bis auf die jüngste Gestalt der Regierungsentwürfe zurückführen[2]) in bequemer handlicher Form vereinigt finden. Die Zusammenstellung wird in allen Fällen, in denen es darauf ankommt, auf die Entstehungs-Geschichte der gesetzlichen Bestimmungen einzugehen, gute Dienste leisten.

Von den Commentatoren hat sich Philler am kürzesten gefaßt. Seine Noten sind knapp gehaltene Hinweisungen auf die Materialien, die landrechtlichen Vorschriften und die Praxis des Ober-Tribunals, soweit letztere noch gegenwärtig von Interesse ist. Für den practischen Gebrauch zweckmäßig ist namentlich auch der seinem Werke beigefügte Anhang, in welchem die in den neuen Gesetzen in Bezug genommenen, noch fortbestehenden älteren gesetzlichen Bestimmungen abgedruckt sind.

Eingehendere Erörterungen enthalten die Commentare von Achilles und Bahlmann (Berichterstatter des Abgeordnetenhauses über die Gr.-B.-O.) Beide gehen wesentlich von demselben Bestreben aus, sofern beide Verfasser bemüht sind, den einzelnen Bestimmungen eine von den Principien und der juristischen Construction der theils neu geschaffenen, theils umgebildeten Rechtsinstitute ausgehende Erläuterung zu Theil werden zu lassen. Daß eine solche Erläuterung gleichzeitig und unabhängig von einander von zwei Seiten in Angriff genommen worden ist, dürfen wir im Interesse der Rechtsentwickelung als einen Vorzug betrachten. Es ist natürlich, daß hierbei mehrfache Meinungsverschiedenheiten hervortreten, und Bahlmann, dessen Werk später erschienen ist, polemisirt bereits in einer Reihe von Bemerkungen gegen seinen Vorgänger. Eine solche Polemik, wenn sie sachlich gehalten bleibt, gereicht aber der Jurisprudenz niemals zum Schaden. — Der rasche Absatz, den beide Werke gefunden haben, beweist übrigens am besten, daß sie in hohem Grade verstanden haben,

[2]) Allerdings reichen diese Materialien nicht aus, um die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Bestimmungen festzustellen, und es wäre im Interesse der Vollständigkeit zu wünschen gewesen, daß der Verf. auch die Vorlagen und Berathungen der früheren Sessionen berücksichtigt hätte.

einem lebhaft empfundenen und sehr berechtigten Bedürfniß zu entsprechen. Der Commentar von Achilles war, wie uns der Verleger mittheilt, fast unmittelbar nach dem Erscheinen vergriffen und der Bahlmann'sche Commentar hat ebenfalls bereits eine zweite Ausgabe nöthig gemacht.

Das Werk von Förster darf gewissermaßen als ein Nachtrag zur Theorie und Praxis des preußischen Privatrechts betrachtet werden. Der Verf. selbst bezeichnet es als eine monographische Erörterung der in den Gesetzen vom 5. Mai 1872 abgehandelten Materien.

Seine Darstellung ist von selbstständigem wissenschaftlichem Werth und würde unzweifelhaft große Beachtung verdienen und finden, auch wenn der Verf. nicht zugleich der Urheber der Gesetze wäre. Er selbst ist fern davon, aus diesem Umstand irgend eine größere Autorität herleiten zu wollen und weist sogar ausdrücklich auf „die Gefahr einseitiger subjectiver Auffassung" hin, die in Folge seiner Vaterschaft nahe liege. Hoffentlich wird die Jurisprudenz dem rühmlichen Streben nach einer freien objectiven Würdigung des neuen Rechts, welches sich nicht nur in dieser Aeußerung, sondern in dem ganzen Inhalt des Förster'schen Werkes kund giebt, zu entsprechen wissen und sich in diesem Sinne die gehaltvollen Ausführungen desselben zu eigen machen.

Die zweite Abtheilung des ersten Bandes von Dernburg's Lehrbuch des preußischen Privatrechts enthält, soweit sie bisher erschienen ist, von den hier einschlagenden Materien eine Erörterung über das Recht zur Sache, ferner eine Darstellung der Grundbuchverfassung und der Lehre vom Eigenthumserwerb. Auch Dernburg hat bekanntlich als Mitglied des Herrenhauses und der von demselben niedergesetzten Commission an dem Zustandekommen der Gesetze thätigen Antheil genommen. In der Behandlung der hier erwähnten Lehren bewährt er die Vorzüge: die sein Lehrbuch überhaupt auszeichnen und schnell beliebt gemacht haben, eine klare geschmackvolle, stets auf die allgemeinen Grundlagen zurückgehende, die historische Verbindung festhaltende Darstellung.

Es wird gestattet sein, dieser allgemeinen Characteristik einige specielle Bemerkungen anzuschließen, zu denen die vorliegenden Werke Veranlassung geben. Da es hierbei nicht auf eine erschöpfende Kritik abgesehen ist, so beschränke ich mich auf zwei Punkte, indem ich mir vorbehalte, weitere Erörterungen gelegentlich folgen zu lassen.

## I. Das Recht zur Sache.

Dernburg (S. 382 fg.) bezeichnet den Grundgedanken des Gesetzgebers in Bezug auf die Wirksamkeit des „Rechtes zur Sache" völlig zutreffend dahin, „daß das dinglich gewordene Recht das unbedingte Uebergewicht über das blos persönliche verdiene und daß der Natur der Sache nach der Erwerb in Kenntniß von einem älteren auf die Sache bezüglichen Anspruch eine Schlechtgläubigkeit nicht enthalte". Richtig ist auch, daß der Gesetzgeber dieses Prinzip nicht allgemein sondern nur für einzelne wichtige Fälle zum Ausdruck gebracht hat, nämlich: a) im §. 4 des Ges. für den Fall, wo der Erwerber eines Grundstücks von einem ältern Rechtsgeschäft, welches für einen Andern ein Recht auf Auflassung begründet, Kenntniß hatte, b) im §. 15 für den Fall, wo der Erwerber

eines eingetragenen dinglichen Rechts das ältere Recht eines Andern auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechtes kannte, oder wo Letzterer sich bereits in der Ausübung dieses Rechtes befand.[3])

Nicht aber vermag ich in der weiteren Erörterung, die Dernburg hieran knüpft, mit ihm übereinzustimmen. Er fragt: „a) steht dem Erwerber des Eigenthums die Kenntniß von einer älteren Verpflichtung seines Rechtsvorfahrs zur Bestellung eines Nutzungsrechts oder einer sonstigen dinglichen Belastung z. B. eines Nießbrauchs, einer Miethe entgegen, da doch das Gesetz zu Gunsten des Eigenthumserwerbers nur die Kenntniß von einer älteren auf Eigenthumsüberlassung gerichteten Verpflichtung für unschädlich erklärt — b) steht dem eingetragenen Erwerber eines Rechts an fremder Sache die Kenntniß des Titels eines Andern auf solche Sachenrechte entgegen, welche, wie Miethe und Pacht der Eintragung nicht bedürfen, da das Gesetz nur die Kenntniß von einem älteren Anspruch auf Eintragung für unschädlich erklärt?"

Seine Antwort lautet auf beide Fragen verneinend. Der Grund ist: „Nach der Absicht des Gesetzes, welche nur nicht zum vollen Ausdruck kam, werden wir das Recht zur Sache überhaupt gegenüber dem eingetragenen Eigenthümer und dinglich Berechtigten außer Kraft gesetzt ansehn."

Man wird dieser Entscheidung in Bezug auf die zweite Frage schwerlich zustimmen können. Richtig erscheint es vielmehr, zwischen denjenigen dinglichen Rechten, welche der Eintragung bedürfen, und den übrigen zu unterscheiden. Hinsichtlich der ersteren bedarf es nicht einmal eines Zurückgehens auf die Absicht des Gesetzgebers; die Beantwortung der vorliegenden Frage ergiebt sich aus der Bestimmung des §. 16, daß solche Rechte Dritten gegenüber nur durch die Eintragung Wirksamkeit erlangen. Daraus folgt, daß sie vor der Eintragung Dritter gegenüber (also auch gegen den Erwerber des Grundstücks) auch nicht in der embryonischen Gestalt des Rechtes zur Sache geltend gemacht werden können.

Dagegen scheint mir weder in den ausdrücklichen Bestimmungen noch in der ratio des Gesetzes ein Anhalt dafür vorhanden zu sein, den obigen Grundsatz auch auf solche dingliche Rechte zur Anwendung zu bringen, hinsichtlich deren von dem Erforderniß der Eintragung Abstand genommen ist. Diese Rechte stehen außerhalb des neuen Gesetzes und sind auf dem Boden des bisherigen Rechts verblieben, daher auch in ihrer Wirksamkeit nach letzterem zu beurtheilen. Sofern ein solches Recht nach den bisher geltenden Bestimmungen dem Singularsuccessor gegenüber als persönliches Recht zur Sache durchgesetzt werden konnte, muß dies auch fernerhin möglich sein, da das Gesetz vom 5. Mai 1872 über diese Rechte überhaupt nicht disponirt hat. M. E. müssen daher bezüglich derselben auch in Zukunft die §§. 3—6 I. 19 und hinsichtlich der Miethe und Pacht insbesondere §. 359 I. 21 Allg. L.-R. zur Anwendung

---

[3]) „Die Kenntniß des Erwerbers eines Grundstücks von einem ältern Rechtsgeschäft, welches für einen Anderen ein Recht auf Auflassung dieses Grundstücks begründet, steht dem Eigenthumserwerb nicht entgegen." (§. 4) — „Der Erwerb des eingetragenen dinglichen Rechts wird dadurch nicht gehindert, daß der Erwerber das ältere Recht eines Andern auf Eintragung eines widerstreitenden dinglichen Rechts gekannt hat, oder daß sich Letzterer bereits in der Ausübung dieses Rechts befindet". (§. 15).

kommen[4]). Dies ist auch die Auffassung der Motive. (Bahlmann zu §. 15 Note 86.)

## II. Vormerkungen.

Sehr richtig ist die Bemerkung Dernburg's daß in der nach §. 8 und 16 gestatteten Vormerkung doch wieder das Recht zur Sache, und zwar im Grundbuch selbst, zum Durchbruch kommt. Dagegen halte ich es nicht für richtig, wenn D. das Ersuchen des Proceßrichters auf Eintragung einer solchen Vermerkung nur dann eintreten lassen will, wenn die Erfüllung gefährdet ist, also wenn eine causa arresti vorliegt. Im §. 70 wird für den Antrag des Proceßrichters lediglich das Erforderniß aufgestellt, „daß ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, welche durch die Vormerkung gesichert werden sollen, glaubhaft gemacht sind". — Weitere Erfordernisse zu suppeditiren sind wir offenbar nicht berechtigt; der Proceßrichter wird mithin das Ansuchen stellen müssen, sobald er den Anspruch oder das Widerspruchsrecht für glaubhaft erachtet, gleichviel ob die Voraussetzungen des Arrestes vorhanden sind oder nicht.

In Zusammenhang hiermit steht die Frage nach dem Wesen der Vormerkungen, hinsichtlich deren bereits sehr auseinander gehende Meinungen hervorgetreten sind. Achilles[5]), mit dem Philler[6]) übereinzustimmen scheint, versteht unter Vormerkungen die Protestationen des bisherigen Rechts, so daß beide Ausdrücke ganz identisch sein sollen. Dernburg[7]) unterscheidet zwischen ächten und unächten Vormerkungen. Zu den ersteren rechnet er a) diejenigen, durch welche die Erwerbung eines Realrechts gesichert werden soll, und zwar sowohl die sog. protestatio pro conservando jure et loco wie die Eintragungen zur Sicherung persönlicher Ansprüche im Wege des Arrestes, sog. protestatio de non amplius in tabulando — b) die Eintragungen zur Sicherung eines Widerspruchsrechtes (protestationes pro conservandis exceptionibus). — Unächte Protestationen dagegen nennt er Einschreibungen einer Anwartschaft auf die künftige Eintragung des Eigenthums. Während es sich bei der ächten Vormerkung um einen Anspruch handle, der an sich perfect sei, aber nicht sofort liquid gestellt werden könne, so liege der unächten Vormerkung ein Anspruch zu Grunde, welcher formell völlig liquid sei, bei dem es aber noch von der Zukunft, vielleicht von ungewissen Ereignissen abhänge, ob er zu dem gewünschten Ziele der Eigenthumsübertragung führen werde.

Förster[8]) endlich versteht unter Vormerkungen nur „diejenigen Einschreibungen, durch welche die Eintragung eines Realrechtes (des Eigenthums oder eines dinglichen Rechts am Grundstück) vorbereitet werden soll, welche den Zweck haben, eine endgiltige Eintragung des dinglichen Rechts vorläufig zu sichern. Sie setzen voraus, daß bereits ein Rechts-

---

[4]) War die Pacht oder Miethe zu der Zeit des Verkaufs durch Uebergabe noch nicht vollzogen, so finden zwischen dem Pächter oder Miether und dem Käufer die allgemeinen Vorschriften des neunzehnten Titels §. 3 — 6 Anwendung.

[5]) Anm. 26 zu §. 8 des Ges.

[6]) Anm. 122 zu §. 70.

[7]) S. 427 fgg.; nicht ganz richtig wiedergegeben bei Förster S. 67.

[8]) S. 66 fgg.

grund für die Eintragung vorliegt." — Der Begriff der Vormerkung findet mithin nach F. da keine Anwendung, wo es sich um die Sicherung eines persönlichen Anspruches, also um die Arrestprotestationen des bisherigen Rechts handelt. — F. hebt hervor, daß es mit dieser Begriffsbestimmung nicht im Einklange stehe, wenn in §. 70 des Ges. auch die vorläufige Eintragung des Widerspruchsrechtes gegen ein im Grundbuch eingetragenes Recht, die sog. protestatio pro conservandis exceptionibus Vormerkung genannt werde, da hier in der That nur eine Verfügungsbeschränkung vorliege. Zur Erklärung dieser angeblichen Incongruenz weist er darauf hin, daß der gedachte Paragraph im Regierungsentwurf fehlte und erst den Beschlüssen des Herrenhauses seine Entstehung verdankt.

Die verschiedenen hier neben einander gestellten Ansichten erregen die Besorgniß, daß — gegen die in den Motiven ausgesprochene Erwartung — die unklaren und widerspruchsvollen Anschauungen, welche sich an die bisherigen Protestationen knüpften, zum Theil auch auf die Vormerkungen übertragen werden möchten. Vielleicht gelingt es den nachfolgenden Bemerkungen, zur Klärung beizutragen.

Der Regierungsentwurf kannte die Vormerkungen in folgenden Fällen:

a) zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung (§. 8. des Ges. und der Reg.-Vorl.); [9])

b) zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung des Eigenthumsüberganges (ebendaselbst);

c) zur Sicherung der Anfechtungsbefugniß gegen die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen (§. 9. des Ges. und der Reg.-Vorl.);

d) zur Sicherung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld (Ges. §. 22; Reg.-Vorl. §. 19).

In Folge der Landtagsbeschlüsse sind diesen vier Fällen noch folgende hinzugefügt worden:

e) zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung eines (in die zweite Abtheilung des Grundbuches gehörigen) dinglichen Rechts (Ges. §. 16; Herrenh.-Entw. §. 14);

f) zur Sicherung des Widerspruchsrechtes gegen ein (in der zweiten oder dritten Abtheilung des Grundbuches) eingetragenes Recht — Ges. §. 70; Herrenh.-Entw., §. 67 — vergl. Ges. §. 60, Herrenh.-Entw. §. 57;

g) zur Erhaltung eines im Grundbuch eingetragenen subjectiv persönlichen, unvererblichen, dinglichen Rechts hinsichtlich der beim Tode des Berechtigten etwa vorhandenen Rückstände (G.-B.-O. §. 102. Abs. 2 — Nach den Commissionsbeschlüssen des Abg.-H.)

A) Was zunächst die vier ersten bereits im Reg.-Entw. enthaltenen Fälle anlangt, so lassen sich dieselben bezüglich ihrer materiellen Voraussetzung wie bezüglich ihres Zweckes in zwei Kategorien scheiden.

1) Die Vormerkung zum Schutz des Rechts auf die Sache. Der Reg.-Entw. gewährt den Schutz der Vormerkung nur einem Recht auf

---

[9]) Hierher gehört auch die Vormerkung für den Parcellenerwerber Gr.-B.-O. §. 64; Reg.-Vorl. zu ders. §. 63.

die Sache: dem Eigenthum. Die hier bezeichnete Vormerkung ist also im Sinne des Reg.-Entw. die Vormerkung zum Schutz des nicht eingetragenen Eigenthümers. Voraussetzung derselben ist, daß das Eigenthum außerhalb des Grundbuches begründet sei. Der Zweck dieser Vormerkung ist, die definitive Eintragung des Eigenthums zu sichern d. h. es soll dem Nichteigenthümer unmöglich gemacht werden, daß er, gestützt auf die publica fides des Grundbuches, Verfügungen über das Grundstück treffe, durch welche das Recht des wahren Eigenthümers vereitelt oder beeinträchtigt werden würde.

Zu dieser Kategorie gehört stets der zu b erwähnte Fall; der zu c erwähnte dann, wenn die Anfechtungsbefugniß gegen die Eintragung des Eigenthumsüberganges sich nicht als condictio sondern als rei vindicatio oder heredidatis petitio darstellt. Beispiel: die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges wird angefochten, weil die Auflassungserklärung von einem falschen Bevollmächtigten vermöge einer gefälschten Vollmacht abgegeben ist. Oder: es hat sich Jemand als Intestaterbe legitimirt und auf die Erbbescheinigung ist sein Eigenthum eingetragen worden. Später ergiebt sich, daß der Erblasser ein Testament errichtet und einen Andern zum Erben eingesetzt hat.

2) Die Vormerkung zum Schutz des Rechts zur Sache. Der Reg.-Entw. gewährt den Schutz der Vormerkung zwei Rechten zur Sache: dem Recht zur Erlangung des Eigenthums und dem Anspruch auf Bestellung einer Hypothek, welchem wir gegenwärtig den Anspruch auf Einräumung einer Grundschuld zur Seite stellen können. Voraussetzung ist hier: der Titel zur Erlangung des Eigenthums oder der Hypothek (Grundschuld) muß vorhanden sein. Der Zweck dieser Vormerkung ist: die definitive Eintragung des Eigenthums oder der Hypothek (Grundschuld) zu sichern, d. h. es soll verhütet werden, daß Verfügungen über das Grundstück getroffen werden, durch welche die Umwandlung des Rechts zur Sache in das entsprechende Recht auf die Sache unmöglich gemacht oder letzteres in seiner Wirkung beeinträchtigt wird.

Zu dieser Kategorie gehört die oben zu a erwähnte Vormerkung, die zu c erwähnte dann, wenn die Anfechtungsbefugniß gegen die Eintragung des Eigenthumsüberganges sich als condictio darstellt, insbesondere also, wenn die Auflassung mangels einer giltigen oder wegen einer anfechtbaren causa rescindirt werden soll; — ferner die Vormerkung zu d.

Daß es sich in den beiden ersten Fällen um den Schutz eines Rechtes zur Sache handelt, wird keiner weiteren Begründung bedürfen. Für zweifelhaft könnte dies dagegen in Betreff des dritten Falles erachtet werden. Aus dem Wortlaut des §. 22, der diesen Fall behandelt, mindestens aus dem zunächst hierher gehörigen ersten Absatz desselben, ist nicht zu entnehmen, daß das Vorhandensein eines Titels für die Eintragung der Vormerkung erforderlich sei. „Der Gläubiger hat das Recht, unter Vermittelung des Proceßrichters eine Vormerkung auf das Grundstück seines Schuldners eintragen zu lassen.“ Diese ganz allgemein gehaltene Fassung scheint nicht zu unterscheiden zwischen dem Gläubiger, dem bereits ein Titel zur Hypothek (Grundschuld) zusteht und demjenigen, der lediglich einen persönlichen Anspruch hat.[9a] Daß indeß gleichwohl

[9a] Dies meint z. B. Achilles Note 10 zu §. 22.

die Bestimmung in dem hier zu Grunde gelegten beschränkenden Sinn zu interpretiren ist, ergibt sich:

a) aus den Motiven, in denen mit klaren Worten ausgesprochen wird, daß der Gesetzgeber durch die in Rede stehende Vorschrift über die bisherige „Protestation zur Erhaltung des Realrechtes und Ranges (protestatio pro conservando jure et loco)[10]) habe disponiren wollen. Ebenso geht aus dem Gange der ferneren Verhandlungen hervor, daß seitens keines der gesetzgebenden Factoren unternommen worden ist, in dieser Hinsicht einen andern Standpunkt geltend zu machen.

b) Ein zweites Argument für unsere Auslegung gewährt der §. 22 selbst. Dem im ersten Absatz erwähnten Gläubiger werden im zweiten Absatz „diejenigen Behörden, welche die Eintragung einer Hypothek gegen den Eigenthümer gesetzlich nachzusuchen berechtigt sind", gleichgestellt. Hier liegt also immer ein gesetzlicher Pfandrechtstitel vor. Wollte man nun unter dem „Gläubiger" auch den blos persönlich Berechtigten verstehen, so wären in den beiden Absätzen zwei generisch ganz verschiedene Fälle neben einander gestellt. Daß dies nicht beabsichtigt war, sondern vielmehr wesentlich gleichartige Fälle ins Auge gefaßt worden sind, erhellt schon aus der Satzverbindung.[11])

c) Damit stimmt denn auch überein, daß, wenn im dritten Abschnitt des Gesetzes, zu welchem auch der §. 22 gehört, vom Gläubiger schlechthin die Rede ist (was sehr häufig geschieht[12]) stets entweder der eingetragene oder der mit einem Anspruch auf Eintragung versehene, niemals aber der blos persönliche Gläubiger gemeint wird.

d) Endlich ergibt sich die Unhaltbarkeit der entgegengesetzten Ansicht aus ihren Consequenzen. Wäre der §. 22 Abs. 1 auch auf den Gläubiger zu beziehen, dem kein Titel zur Hypothek zu Gebot steht, so würde gegenwärtig jeder Gläubiger, der seinen Anspruch glaubhaft machen kann, in der Lage sein, durch Vermittelung des Proceßrichters die Eintragung einer Vormerkung herbeizuführen. Damit wären wir unrettbar dem System der früheren österreichischen Pfandrechts-Pränotationen verfallen[13]) und darin läge unserem bisherigen Recht gegenüber ein Rückschritt, der so ziemlich alle Vorzüge der neuen Gesetzgebung aufwiegen würde.

B) Von den drei in Folge der Landtagsbeschlüsse den Gesetzen einverleibten Fällen reihet sich

1. die unter e aufgeführte Vormerkung „zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung eines dinglichen Rechts" (Ges. §. 16) unserer zweiten Kategorie ein. Derselbe Schutz, der nach §. 22 zur Sicherung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld dient, wird hier den der zweiten Abtheilung des Grundbuches angehörigen Rechten gewährt.

---

[10]) Werner Theil II. S. 30.

[11]) „Der Gläubiger hat das Recht, unter Vermittelung des Proceßrichters eine Vormerkung auf das Grundstück seines Schuldners eintragen zu lassen. — Auch diejenigen Behörden, welche die Eintragung einer Hypothek gegen den Eigenthümer gesetzlich nachzusuchen berechtigt sind, können die Eintragung einer Vormerkung verlangen.

[12]) Vergl. z. B. §. 19 Nr. 2; §. 23, 29, 50, 53, 60, 66.

[13]) Vergl. hierüber Johanny Geschichte und Reform der österr. Pfandrechts-Pränotationen—Wh. 1870 und Exner in dieser Zeitschr. Bd. VI. S. 588.

Diese Vormerkung steht demnach nicht nur mit dem den früheren Fällen zu Grunde liegenden Princip völlig im Einklang, sondern sie ergänzt auch, wie der Comm.=Ber. des Herrenhauses mit Recht hervorhebt, eine im Regierungs=Entwurf vorhandene Lücke.[14]) Eben weil dies die Absicht des Gesetzgebers war, erscheint es mir auch gerechtfertigt, die Bestimmung extensiv auszulegen und eine gleiche Vormerkung zuzulassen „zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung von Beschränkungen des Eigenthums oder des Verfügungsrechts des Eigenthümers" (Gr.=B.=O. §. 11 Nr. 2), da sonst hinsichtlich dieser Einschreibungen das Gesetz doch immer lückenhaft sein würde.

2) Die beiden anderen Fälle zu f und g sind den vier zuerst besprochenen insofern nicht homogen, als sie nicht den Zweck haben, eine definitive Eintragung zu sichern. In dem Fall zu f soll das Widerspruchsrecht des Eigenthümers gegenüber einer im Grundbuch eingetragenen Hypothek (Grundschuld) gewahrt, d. h. es soll verhütet werden, daß der als berechtigt Eingetragene, bezw. seine Successoren, gestützt auf die publica fides des Grundbuches, Verfügungen über die Hypothek (Grundschuld) treffen, durch welche dieses Widerspruchsrecht vereitelt oder in seiner Wirkung beeinträchtigt werden könnte. — In dem Falle zu g soll ein eingetragenes dingliches Recht gegen eine ungerechtfertigte Löschung geschützt, d. h. es soll verhütet werden, daß vermöge des Rechtssatzes, wonach derartige Rechte auf Grund des Todtenscheines der als berechtigt Eingetragenen zur Löschung gebracht werden können, — in Verbindung mit der publica fides des Grundbuches, Verfügungen über das Grundstück getroffen werden, durch welche das dingliche Recht in Betreff der Rückstände vereitelt oder in seiner Wirkung beeinträchtigt werden könnte.

Sieht man auf die materielle Grundlage dieser beiden Fälle, so ergibt sich, daß sie unserer ersten Kategorie wesentlich gleichartig sind. In beiden Fällen handelt es sich in der That um den Schutz eines Rechts auf die Sache. Die Vormerkung zu f dient zum Schutz des freien Eigenthums, denn der Anspruch des Eigenthümers auf Wegschaffung der Hypothek oder Grundschuld qualificirt sich als actio negatoria.[15]) Die Vormerkung zu g dient zum Schutz des dinglichen Rechts, da der Anspruch auf die Rückstände gleich dem Recht selbst einen dinglichen Charakter hat.[16])

Aus den bisherigen Erörterungen sind folgende Schlüsse zu ziehen:

1. Es ist keine Abweichung von der juristischen Consequenz, daß die Fälle zu f und g als Vormerkungen bezeichnet worden sind. Sie dienen, ebenso wie die Fälle zu a bis e zur Erhaltung des Realrechts (pro conservando jure), die Vormerkung zu g auch zur Erhaltung des Ranges (pro conservando loco). Wenn Förster einen Gegensatz zwischen den bereits im Reg.=Entw. anerkannten Fällen der Vormerkung und dem zu f hervorgehobenen darin erblicken will, daß in diesem letzteren Fall ein Widerspruch gegen weitere Verfügungen des Gläubigers vorliege, so erscheint dies schon um deswillen nicht zutreffend, weil es der Zweck jeder

---

[14]) Werner Th. II. S. 53.

[15]) Uebereinstimmend Heidenfeld, Jur. Wochenschrift 1873. S. 29.

[16]) Die nähere Begründung dieser Auffassung muß hier unterbleiben. — Zur Auslegung des §. 102 vgl. neuerdings bes. Achilles (2. Aufl.) S. 224 fgg.

Vormerkung ist, einen Widerspruch gegen Verfügungen beim Grundbuch geltend zu machen.

2. Es ist keine Veranlassung vorhanden, mit Dernburg eine eigene Classe unächter Vormerkungen aufzustellen. Dernburg bezeichnet so die „Einschreibungen einer Anwartschaft auf die künftige Eintragung des Eigenthums" und er scheint hierbei, wie aus dem von ihm angeführten Beispiel hervorgeht,[17]) zunächst an die Fälle zu denken, in denen ein liquides aber suspensiv bedingtes Recht zur Sache vorliegt. In diesen Fällen aber wird ebenso wie in denjenigen, wo ein suspensiv bedingtes Eigenthum vorhanden ist, sofern sie pendente conditione zu Eintragungen im Grundbuche führen, keine Vormerkung sondern eine definitive Beschränkung des Verfügungsrechtes einzutragen sein. Dagegen können dieselben die Eintragung einer Vormerkung dann herbeiführen, wenn das suspensiv bedingte Eigenthum oder Recht zur Sache nicht liquid, sondern nur dem Proceßrichter glaubhaft gemacht ist. Diese Vormerkung aber gehört nach dem oben Bemerkten unter den §. 16 des Gesetzes,[18]) unterscheidet sich also nicht von den sog. ächten Vormerkungen.

3. Die Vormerkungen sind provisorische oder bedingte Eintragungen; d. h. sie stellen den Inhalt des Grundbuches unter der Bedingung fest, daß das Recht auf die Sache oder das Recht zur Sache, zu dessen Schutz die Vormerkung dient, liquid werde. Die Beschaffenheit des vorgemerkten Rechtes wird durch die Vormerkung nicht geändert, vielmehr gewährt dieselbe nur den Anspruch, daß, wenn dem Erforderniß der Liquidität genügt ist, der durch die Vormerkung begründete provisorische Zustand in ein Definitivum verwandelt werde. Dies gilt von allen Vormerkungen, insbesondere von denen, welche die Sicherung einer endgiltigen Eintragung bezwecken. Es ist namentlich incorrect, wenn man eine vorgemerkte Forderung als eine bedingte Hypothek oder Grundschuld bezeichnet.[19]) Die Vormerkung enthält nur die bedingte Befugniß, nach Maßgabe ihres Inhalts eine endgiltige Hypothek oder Grundschuld eintragen zu lassen.

4. Der von der Praxis erfundene Begriff der protestatio de non amplius intabulando oder disponendo ist mit Recht von der neuen Gesetzgebung eliminirt worden. Dieser ganz unbestimmte Begriff kann die verschiedenartigsten Eintragungen umfassen, da, wie schon angedeutet, im Grunde jede Vormerkung eine derartige Protestation gegen weitere Verfügungen enthält.

Die Praxis war sich denn auch über die Bedeutung dieses Ausdruckes keineswegs klar. Von den Fällen, die gewöhnlich hierher gerechnet wurden, gehört die Mehrzahl unstreitig zu den in die zweite Abtheilung des Grundbuches einzutragenden Verfügungsbeschränkungen.[20]) Bestritten ist dagegen die Natur der wegen einer Forderung auf ein Grundstück ausgebrachten Arreste und der auf Grund eines solchen Arrestes in das Grundbuch einzutragenden Vermerke. Dernburg will dieselben zu den Vormerkungen und zwar nach seiner Terminologie zu den

---

[17]) Es schließt Jemand einen Vertrag, wonach sich ihm der Eigenthümer verpflichtet, auf Erfordern ein Grundstück innerhalb eines Jahres abzutreten.

[18]) Oben S. 116.

[19]) Vergl. v. Meibom Mecklenb. Hypothekenrecht S. 134.

[20]) Vergl. Achilles zu §. 11 Nr. 2 der Gr.-B.-O. Anm. 37.

ächten Vormerkungen zählen, während Achilles[21]), Bahlmann[22]) und Förster[23]) sich hiergegen erklärt haben und ihnen lediglich die Wirkung einer Dispositionsbeschränkung zuschreiben.

Da die Gesetze vom 5. Mai 1872 über den Arrest völlig schweigen, so würde die Natur desselben zunächst aus dem Proceßrecht zu entnehmen sein. Aber bekanntlich suchen wir auch in den Proceßgesetzen vergebens nach direct hierüber sprechenden Bestimmungen; die hier in Rede stehende Art der Arrestlegung verdankt ihre Entstehung der Praxis. Eine gesetzliche Grundlage war derselben in dem bisherigen Recht nachträglich insofern gegeben worden, als die Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 bestimmte, daß Arreste, welche wegen Geldansprüche oder anderer Forderungen auf Grundstücken ausgebracht werden, nur auf Requisition des Proceßrichters und in der dritten Hauptrubrik eingetragen werden sollen (§. 52). Diese Bestimmung hatte indeß lediglich eine formale Bedeutung; sie entschied nicht über die materielle Wirkung des Arrestvermerkes. Hierüber herrschte bekanntlich eine sehr große Zahl von Controversen, die wir leider als eine Erbschaft mit in den neuen Rechtszustand übernommen haben[24]).

Der eigentliche Ursprung aller dieser Controversen ist in der Bestimmung der Allg. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 29 §. 87 zu finden, wonach der Arrestschlag unter mehreren Gläubigern regelmäßig kein Vorzugsrecht begründet. Wesentlich mit Rücksicht auf diese Bestimmung ist der Begriff der protestatio de non amplius intabulando dahin formulirt worden, daß dieselbe zwar dem Schuldner die Befugniß entziehe, das verkümmerte Grundstück zum Nachtheil des Gläubigers zu veräußern und zu belasten, dagegen für den letzteren kein Realrecht und überhaupt kein Vorzugsrecht begründe.

Es leuchtet ein, daß diese Definition höchst ungenügend ist. Denn sie besagt nur, was der Arrestat nicht thun darf und welches Recht dem Arrestsucher nicht zusteht, dagegen ergibt sich aus ihr gar nichts über die positive Bedeutung des Arrestes. Es war ganz unvermeidlich, daß bei der practischen Verwerthung eines solchen rein negativen Begriffes sich die mannigfachsten Bedenken ergeben mußten[25]).

In der Praxis sind derartige Bedenken namentlich hervorgetreten in Beziehung auf das Verhältniß des Arrestsuchers a) zu den nacheingetra-

---

[21]) Anm. 10 und 11 zu §. 22 des Ges. — Achilles bezieht zwar den Namen Vormerkung auch auf den Arrest, macht aber hinsichtlich der Wirkung erhebliche Unterschiede.

[22]) Anm. 112 zu §. 22.

[23]) S. 76 a. a. O.

[24]) Aus der neueren Literatur aber diese Frage ist anzuführen — Strey die Lehre von den Arresten und dem Arrestverfahren nach preuß. Recht. Berlin 1859. S. 187 fgg. — Eine Abhandl. von einem Mitglied des Ober-Tribunals in der deutschen Gerichtszeitung N. F. II. (1867) S. 235 fgg. Johanny in der Note 13 cit Schrift, der S. 213 fgg. auch das preußische Recht erörtert. H. Schultze in Gruchot's Beitr. Bd. XV. S. 717. — In diesen Schriften ist auch die frühere Literatur angegeben. Die Abhdlg. von Schultze enthält eine gute Uebersicht über die bezügliche Rechtssprechung des Ober-Tribunals.

[25]) Diese Complicationen erinnern nicht selten lebhaft an den circulus inextricabilis. So z. B. kommt Strey S. 194 a. E. zu dem Resultat, daß der Arrestgläubiger den nach eingetragenen Hypothekengläubigern weder vorgeht noch nachsteht, sondern gleiche Priorität mit ihnen hat.

genen Realberechtigten; b) zu den nichteingetragen Gläubigern des Arrestschuldners, insbesondere dann, wenn über das Vermögen des letzteren vor der Eintragung einer definitiven Hypothek Concurs eröffnet worden ist; c) zu dem nicht eingetragenen Eigenthümer, dessen Eigenthum außerhalb des Grundbuches bereits zur Zeit der Arrestanlegung begründet war.

Das Ober-Tribunal hat sich mit diesen Fragen in einem Plenar-Beschluß und in einer Reihe von Senatsentscheidungen befaßt.

Der Plenarbeschluß (vom 30. Mai 1842)[26]) legt in seinem dispositiven Theil einer im Wege des nachher für justificirt erachteten Arrestes wegen einer persönlichen Forderung die Wirkung bei,

> „daß ein erst später auf eben dieses Grundstück eingetragener Hypothekengläubiger bei eintretender Unzulänglichkeit der zur Hypothek verschriebenen Sache zum Nachtheil des Arrestanten von seinem Hypothekenrecht nicht Gebrauch machen kann."

Der Inhalt der Motive geht zum größten Theil dahin, die formale Zulässigkeit der Arrestvermerke und deren Vereinbarkeit mit der Hypothekenverfassung darzuthun. Ueber die materielle Wirkung verbreitet sich eigentlich nur der Schlußsatz, der, soweit er hier interessirt, wörtlich angeführt werden mag:

„Wenn nun auch eine im Wege des Arrestes wegen einer persönlichen Forderung eingetragene Protestation de non amplus intabulando in der Natur des dadurch sichergestellten Anspruches nichts ändert und diesem weder ein Hypothekenrecht noch überhaupt ein Vorzugsrecht erwirbt. Allg. Ger.-Ordn. I. 29 §. 87, wenn auch eine solche Protestation fernerweite Eintragungen und Arrestschläge nicht hindert (A. L.-R. I. 20 §. 439), so ist doch nach §. 81, 83 A. G.-O. I. 29, jede dieser späteren Intabulationen in Ansehung des Protestanten unwirksam."

Der hiernach blos nebensächlich und eigentlich nur als ratio dubitandi geltend gemachte Gesichtspunkt, daß der Arrest kein Hypotheken- oder Vorzugsrecht begründet, ist in einem Theil der Senatsentscheidungen festgehalten und weiter ausgeführt worden. Jedoch ist das Ober-Tribunal dabei nicht constant gewesen. Sofern es sich um das Verhältniß des Arrestsuchers zu den nacheingetragenen oder nicht eingetragenen Gläubigern handelt, neigt die neuere Praxis des höchsten Gerichtshofes entschieden dahin, den Begriff der prot. de non amplius intabulando aufzugeben und den Arrestvermerk in seiner Wirkung der protestatio pro conservando jurex et loco gleich zu stellen[27]). In Bezug auf die Wirkung des Arrestes gegenüber dem nichteingetragenen Eigenthümer ist dagegen das Ober-Tribunal, sowie mir bekannt, unverändert bei der früheren Auffassung verblieben[28]). In den betreffenden Entscheidungen wird u. A. ausgeführt: Nach dem A. L.-R. I. 20 §. 410 behalte jede auf Grund eines rechtsgiltigen Titels gegen den eingetragenen Besitzer erlangte Hypothek

---

[26]) Entsch. Bd. 8. S. 65.

[27]) Diese Auffassung hat namentlich in dem Erk. v. 3. März 1857 (Entsch. Bd. 35 S. 211) und vom 15. Dez. 1868 (Striethorst Bd. 73 S. 175) Ausdruck gefunden.

[28]) Am eingehendsten begründet in der Entsch. v. 8. Juni 1844 (Jur. Wochenschrift v. 1844 S. 516, Entsch. Bd. 60 S. 160). — Die neueste hierher gehörige (von Schultze noch nicht angef.) ist m. W. die vom 7. Nov. 1871 (Striethorst Bd. 82 S. 360.

ihre Kraft, wenn sich gleich herausstellen sollte, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sei. Diese Bestimmung finde auf alle Hypotheken Anwendung, ohne Rücksicht auf die Art des Titels, nicht blos auf die freiwillig eingeräumten sondern auch auf die gesetzlichen und Judicatshypotheken. Sie müßte auch auf den Arrest Anwendung finden, wenn derselbe die Wirkung eines Pfandrechts hätte. Da aber die letztere Voraussetzung nicht zutreffe, so sei der Arrest dem nichteingetragenen Eigenthümer gegenüber, dessen Eigenthum bereits zur Zeit des Arrestschlages begründet war, nicht mit Erfolg geltend zu machen.

Man mag mir gestatten, meine eigene Ansicht kurz darzulegen [29]).

Jeder Arrest hat den Zweck, die Execution des künftigen Urtheils sicher zu stellen; der Real-Arrest insbesondere soll dem Gläubiger die Möglichkeit gewähren, aus dem arrestirten Gegenstand seine Befriedigung zu erlangen. Wird der Arrest auf ein Grundstück ausgebracht, so bedeutet dies (abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall der Sequestration), daß dem Gläubiger die Möglichkeit gesichert werden soll, sich behufs seiner Befriedigung an die Substanz des verkümmerten Grundstücks zu halten. Die Möglichkeit kann selbstverständlich nur unbeschadet bereits begründeter Rechte eingeräumt werden. Dagegen müssen spätere Dispositionen des Arrestaten, welche dieselbe beeinträchtigen oder vereiteln würden, wenn der Arrest seinen Zweck erreichen soll, unwirksam sein.

Das Mittel, dies zu erreichen, ist die Eintragung des Arrestes ins Grundbuch. Damit ist zugleich ausgedrückt, daß ein solcher Arrest sich auf den zur Zeit des Arrestschlages noch freien Theil des Grundstückswerthes richtet, oder m. a. W. das Object desselben die freie Stelle im Grundbuch ist.

In der Executionsinstanz erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus der Substanz des Grundstücks regelmäßig im Wege der nothwendigen Subhastation. Der Arrest muß demnach bedingungsweise, d. h. für den Fall, daß er justificirt wird, dem Gläubiger die Möglichkeit verschaffen, die nothwendige Subhastation des Grundstücks mit der Wirkung herbeizuführen und sich aus dem Erlös in der Weise zu befriedigen, wie wenn der Verkauf bereits zur Zeit des Arrestschlages stattgefunden hätte.

Nach §. 22, 23 der V. I. vom 4. März 1834 und §. 16 des Ges. vom 20. März 1854 kann der Gläubiger, dem ein vollstreckbarer Titel zur Seite steht, seine Forderung ohne weiteres im Grundbuch eintragen lassen. Auch hierin liegt offenbar ein Zugriff auf die Substanz des Grundstücks, nur daß derselbe nicht unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers herbeiführt. Im Vergleich zu der Distractionsbefugniß ist demnach die Befugniß, eine derartige Eintragung zu erwirken, das mindere Recht. Der auf ein Grundstück wegen einer Forderung ausgebrachte Arrest muß mithin für den Fall der Justificirung und der Beibringung eines vollstreckbaren Titels auch die Möglichkeit gewähren, eine Judicats-Hypothek mit dem Rechte und Range eintragen zu lassen, wie wenn sie bereits zur Zeit der Arrestanlegung eingetragen worden wäre.

Da, wie vorher dargethan, spätere Dispositionen über das verküm-

---

[29]) Im Wesentlichen stimme ich mit Schultze überein und weiche von ihm nur ab in Bezug auf die Wirkung des Arrestes gegenüber nachstehenden Arrestvermerken oder Judicats-Hypotheken.

merte Grundstück diese Möglichkeit nicht beeinträchtigen, so kann die Wirkung des Arrestes weder durch postlocirte Gläubiger noch durch die Einleitung der Subhastation gehindert werden. Die endgiltige Eintragung der Hypothek erfolgt also mit dem Range vor den nacheingetragenen Gläubigern und ist auch nach Eintragung des Subhastationsvermerkes noch zulässig. Hat vor der Umschreibung bereits der meistbietende Verkauf stattgefunden, so wird dem Arrestgläubiger die Möglichkeit sich nach Maßgabe des Arrestvermerkes aus der Grundstücksmasse zu befriedigen auch noch bei der Kaufgeldervertheilung offen zu halten sein, d. h. das auf ihn fallende Percipiendum wird nach §. 67 der Subh.-Ordn. event. als streitige Specialmasse behandelt werden müssen.

Anders liegt die Sache, wenn über das Vermögen des Schuldners Concurs eröffnet worden ist. In diesem Falle wirkt die Beschlagnahme nicht mehr zu Gunsten des einzelnen Gläubigers, der sie extrahirt hat sondern zu Gunsten sämmtlicher Concursgläubiger. Hier kommt dem, nach die Vorschrift der Allg. Ger.-Ordn. I. 29 §. 87 zur Geltung. Die Umschreibung ist mithin alsdann entweder überhaupt nicht mehr oder nur vorbehaltlich der Rechte der Concursmasse zulässig und bei der Kaufgeldervertheilung wird der für den Arrestgläubiger zu liquidirende Betrag (immer unter der Voraussetzung, daß der Arrest justificirt wird) der Concursmasse zu überweisen sein.

Nicht gerechtfertigt erscheint es dagegen, den §. 87 auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn hinter dem Arrest weitere Arrestvermerke oder Judicatshypotheken eingetragen stehen. Schultze will hier dem ersten Vermerk keine Priorität vor den späteren Eintragungen zugestehen, weil in diesem Fall die aus den späteren Eintragungen Berechtigten der Beschlagnahme des Grundstücks beigetreten sind. Sie müßten also an der auf den ersten Arrestgläubiger fallenden Quote participiren[30]. Das Irrthümliche dieser Ansicht beruht darin, daß als das Object der Beschlagnahme bei dem Arrestvermerk nicht eigentlich das Grundstück selbst, sondern, wie vorher hervorgehoben worden, der freigebliebene Theil des Grundstücks-Werthes ist, der durch die freie Stelle im Grundbuch versinnlicht wird. Wollen demnach spätere Arrestsucher oder Gläubiger mit exekutivischen Titeln der früheren Beschlagnahme beitreten, so wird ihnen dies zwar nicht zu verwehren sein; sie müssen aber alsdann eine Subingrossation auf den früheren Vermerk erwirken. Ist dies nicht geschehen, und haben sie sich an einer späteren Stelle eintragen lassen, so können sie auch nur nach dem Range berücksichtigt werden, den ihnen diese Stelle zuweist.

Was endlich das Verhältniß des Arrestgläubigers zu dem nicht eingetragenen Eigenthümer anlangt, so bestimmt sich dasselbe gegenwärtig nicht mehr nach dem A. L.-R. I. 20 §. 410, sondern nach dem im §. 9, Abs. 2 des neuen Gesetzes ausgesprochenen Princip. Danach muß der nicht eingetragene Eigenthümer „die von dritten Personen gegen Entgelt und in redlichem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte“ anerkennen. Diese Bestimmung findet Anwendung auf Jeden, der im Vertrauen auf die publica fides des Grundbuches ein Recht erwor-

[30]) a. a. O. S. 727. Natürlich würde, wenn man dieser Ansicht folgt, dieselbe auch dann zur Geltung kommen müssen, wenn hinter dem ersten Arrestvermerk, aber vor den späteren concurrirenden Eintragungen Conventionalhypotheken eingetragen sind.

ben hat, gleichviel welcher Beschaffenheit dasselbe ist, sofern der Erwerb nur ein entgeltlicher war. Wenn daher das Ober-Tribunal früher darauf Gewicht gelegt hat, daß der Arrest ein Pfandrecht erzeuge, so paßt dieser Grund gegenwärtig nicht mehr. Daß der Arrest aber überhaupt ein Recht gewährt, wird sich nicht bestreiten lassen, denn die vorerwähnte Möglichkeit, eine Hypothek eintragen zu lassen, ist ein rechtlich begründeter, wenn auch bedingter Anspruch. Eben so wenig läßt sich in Abrede stellen, daß seitens des Arrestwerbers das Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches vorliegen kann. In dieser Hinsicht trifft dasjenige zu, was das Ober-Tribunal über die bona fides des Erwerbers einer Judicats-Hypothek bemerkt hat[31]. Dagegen fehlt das Requisit der Entgeltlichkeit, wenigstens kann man, wie mir scheint, ohne den Worten Zwang anzuthun, nicht gut von einem entgeltlichen Erwerbe des Arrestes sprechen Aus diesem Grunde aber auch nur aus diesem, würde ich die Wirksamkeit des Arrestes gegenüber dem nicht eingetragenen Eigenthümer verneinen, vorausgesetzt daß dessen Eigenthum bereits zur Zeit der Arrestanlegung vorhanden war.

Wie sich aus vorstehender Ausführung ergibt, ist der Arrrest in vieler Hinsicht der Vormerkung nahe verwandt. Indeß bestehen anderseits auch wesentliche Verschiedenheiten. Es ist von Interesse, die Parallele hier in einigen Punkten näher durchzuführen.

1) Voraussetzung. Die Vormerkung erfordert das Vorhandensein eines Titels zur Hypothek oder Grundschuld; beim Arrest braucht ein solcher nicht vorhanden zu sein[32]). Wird der Arrest für eine Forderung angelegt, der an sich kein Pfandrechtstitel zur Seite steht, so entsteht letzterer erst durch das Judicat, fehlt also im Augenblick des Arrestschlages. Dagegen bedarf es beim Arrest der causa arresti, welche bei der Vormerkung entbehrlich ist.

2) Zweck. Hier stimmen Vormerkung und Arrest wesentlich überein. Beide sollen einerseits Dispositionen des eingetragenen Eigenthümers hindern; andererseits dienen beide pro conservando jure et loco. Ein Unterschied ist insofern vorhanden, als die Vormerkung immer zum Schutz eines bereits bestehenden Rechtes zur Sache dient, während der Arrest zum Schutz eines erst künftig (durch das Judicat) entstehenden Rechtes zur Sache bestimmt[33]) ist.

3) Wirkung. Uebereinstimmend ist, daß Vormerkung und Arrest kein Pfandrecht erzeugen, sondern daß beide nur die bedingte Möglichkeit begründen, durch die endgiltige Eintragung ein Pfandrecht zu erlangen. Der Unterschied liegt in der Verschiedenheit der Bedingung, von der diese Möglichkeit abhängt. Bei der Vormerkung besteht sie darin, daß der blos

---

[31]) Vergl. die oben citirte Entsch. v. 8. Juni 1844.

[32]) Denkbar ist die Arrestanlegung auch für eine Forderung, die mit einem Pfandrechtstitel versehen ist. In der Regel wird hier freilich Veranlassung sein, die Eintragung einer Vormerkung herbeizuführen.

[33]) Auch dann, wenn der in der Anmerk. 32 erwähnte Fall vorliegt, dient der Arrest nur zum Schutz der persönlichen Forderung, da bei der Arrestanlegung der Pfandrechtstitel gar nicht in Betracht gezogen wird. Die Entscheidungen, welche den Arrest und die protestatio pro cons. völlig gleichstellen, wollen zum Theil den durch das Judicat entstehenden Titel „anticipiren". Dies ist völlig unzulässig. Am Schärfsten erkärt sich hiergegen die Anmerk. 24 cit. Abh. eines Ober-Tribunalsrathes.

glaubhafte Anspruch durch Erkenntniß oder sonst liquide gemacht werde; beim Arrest darin, daß die Forderung, welche den Grund des Arrestes bildet, durch einen vollstreckbaren Titel justificirt werde. Die practische Bedeutung dieses Unterschiedes zeigt sich namentlich dann, wenn vor der endgiltigen Eintragung über das Vermögen des eingetragenen Eigenthümers Concurs eröffnet wird, sowie in Bezug auf das Verhältniß zum nichteingetragenen Eigenthümer. Die Wirkung der Vormerkung ist in diesen beiden Fällen (in letzterem unter der Voraussetzung, daß die Erfordernisse des §. 9 Abs. 2 vorhanden sind) ungehemmt, während die Wirkung des Arrestes theils wesentlich alterirt, theils gänzlich beseitigt wird.

4. Verfahren. Die Eintragung der Vormerkung erfolgt (abgesehen von dem Ersuchen zuständiger Behörden) entweder auf Requisition des Proceßrichters, oder auf die Einwilligung des eingetragenen Eigenthümers: der Arrest kann nur auf Antrag des Proceßrichtes im Grundbuch vermerkt werden. Die endgiltige Eintragung an Stelle der Vormerkung kann wiederum sowohl durch den Proceßrichter, wie durch die Bewilligung des Eigenthümers herbeigeführt werden. Beim Arrest fällt die zweite Veranlassung auch für die definitive Eintragung fort; dagegen muß es hier zulässig sein, daß der Arrestgläubiger dieselbe auf Grund des §. 22 V. v. 4. März 1834 und §. 16 des Ges. v. 20. März 1854, direct beim Grundbuch erwirkt, wenn er den exekutorischen Titel, durch welchen der Arrest justificirt ist, beibringt. Die Löschung erfolgt in beiden Fällen gleichmäßig, entweder auf Antrag des Proceßrichters, oder auf die Bewilligung des aus der Einschreibung Berechtigten.

In welcher Abtheilung des Grundbuches der Arrest eingetragen wird, ist ziemlich gleichgiltig, da dies auf die materielle Bedeutung keinen Einfluß hat. Mir scheint hierzu die dritte Abtheilung im Allgemeinen passender als die zweite zu sein, weil dadurch der Eventualität der Eintragung einer definitiven Hypothek besser Rechnung getragen wird, als im anderen Falle[34]). Nur wird, damit der Arrest hier eine Stelle finde, vom Prozeßrichter immer ein Geldbetrag anzugeben sein, bis zu welchem derselbe haften soll, was bei Forderungen, die nicht auf eine bestimmte Geldsumme lauten, unter Umständen mit Schwierigkeiten verbunden sein kann.

Wie man sich aber auch über diese Frage entscheiden mag, jedenfalls wird es gerathen sein, den Arrest bei der Eintragung geradezu als Arrest zu bezeichnen und ihm weder den Namen einer Verfügungsbeschränkung noch den einer Vormerkung zu geben. Denn nur auf diese Weise tritt die Beschaffenheit des Eintrages klar hervor, während sie sonst durch die incorrecte Bezeichnung leicht verdunkelt werden kann. Dies wird nicht nur der Grundbuchrichter, sondern auch der den Arrest verhängende Proceßrichter zu beachten haben[35]).

Der so eben erschienene Entwurf einer Deutschen Civilproceßordnung verweist im §. 743 inbetreff der Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen auf die Landesgesetze. Sollte hiernach Veranlassung gegeben werden, diese Materie einer gesetzlichen Regelung zu unterziehen, so würde ich es auch de lege ferenda für angemessen erachten, den vorstehend entwickelten Sätzen Anerkennung zu verschaffen.

---

[34]) Ich stimme hierin mit Achilles überein. A. M. Bahlmann und Förster.

[35]) Uebereinstimmend Schultze a. a. O. S. 722.

# Literatur.

## 2.

**Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals**, herausgegeben im amtlichen Auftrage von den Geh. Ober-Trib.-Räthen Dr. **Decker, Meyer** und **Sonnenschmidt**. 67. Bd. Sechste Folge Bd. 7. Berlin, Carl Heymann's Verlag 1872. S. S. VIII. 466.*) Besprochen von Professor Dr. **Hinschius** in Berlin.

Der vorliegende Band der amtlichen Publication des Ober-Tribunals theilt zwei als Präjudizien eingetragene Plenarbeschlüsse mit. Der erste lautet:

Pr. 2764 v. 10. Juni 1872: „Die Executionsfähigkeit eines Erkenntnisses ist nach den im §. 3 Tit. 24 Thl. I. A. G. O. und den im §. 148 des Anh. dazu enthaltenen Vorschriften zu beurtheilen und zu entscheiden, nicht aber nach dem §. 14 Tit. 28 Thl. I. A. G. O. und nach dem §. 195 des Anh. dazu, welche sich über die Prozeßform bei Klagen aus nicht mehr executionsfähigen Erkenntnissen verhalten.

Die Execution ist daher nicht unbedingt unstatthaft, wenn zur Zeit der Nachsuchung derselben das Judicat vor länger als fünf Jahren ergangen ist. (S. 1).

Mit diesem Beschluß ist von einer im Beschwerdewege erlassenen Verfügung vom 1. Februar 1859 (Entscheid. Bd. 41 S. 439). welche im Widerspruch mit dem damaligen Instanzgericht das Gegentheil angenommen hatte, abgegangen und in der That eine falsche Ansicht, welche bereits mehrfache Anfechtung erfahren hatte (s. Koch, Commentar zu Anh. §. 148 a. a. O. N. 10, auch v. Rönne, Ergänzungen 5. Ausg. Bd. 3 S. 398) beseitigt worden. Die beiden erst citirten §§. der A. G. O.

---

*) Nach der Umwandlung der Zeitschrift war ich mit dem Herrn Herausgeber darüber übereingekommen, die bisherige Art der Besprechung der Entscheidungen fallen zu lassen, und nur von Zeit zu Zeit, so wie hinreichendes Material vorliegen würde, eine Kritik der in der amtlichen Publication veröffentlichten Entscheidungen, welche sich auf gemeines Recht und auf die Rechtsgesetzgebung bezögen oder sonst von allgemeinem Interesse wären, zu geben. Inzwischen sind aber sowohl an den Herrn Herausgeber wie auch an mich selbst so oft wiederholte Aufforderungen ergangen, das frühere Verfahren beizubehalten, daß ich mich auf den Wunsch des ersteren veranlaßt sehen muß, dasselbe wieder aufzunehmen. Ich beginne mit dem zuletzt erschienenen Bd. 67 und behalte mir vor, die Kritiken von Bd. 65 und 66 nachzuliefern. P. Hinschius.

bestimmen, daß aus einem Urtheil, seit dessen Rechtskraft ein Jahr verflossen ist, nicht mehr die Execution nachgesucht, sondern nur von Neuem geklagt werden kann, daß aber diese einjährige Frist, wenn der Execution Hindernisse entgegengetreten, erst von der Hebung derselben an zu laufen fängt. Die anderweit in Bezug genommenen Vorschriften ordnen an, daß wenn das Erkenntniß vor länger als 5 Jahren ergangen ist, für die Klage aus demselben nicht mehr der Mandats- (früher Executiv-) Proceß statt habe, und daß diese fünfjährige Frist auch dann läuft, wenn inzwischen die Execution nachgesucht worden ist. Auf diese letzteren Bestimmungen hatte das Ober-Tribunal seine früheren Ansicht gestützt, daß durch Ablauf von 5 Jahren nach der Rechtskraft die Execution stets ausgeschlossen werde, ohne Rücksicht darauf, ob sie nachgesucht worden oder nicht. Dabei war nicht beachtet, daß die in Frage stehenden §§. von zwei wesentlich verschiedenen Gegenständen, der Executionsfähigkeit und der Statthaftigkeit einer priviligirten Proceß-Art handeln, und daß es nicht das mindeste Bedenken haben kann, eine kurrent bleibende Execution noch nach 5 Jahren zu gestatten, falls aber der betreibende Theil dann die erforderliche Diligenz nicht prästirt, diesen auf den ordentlichen Prozeßweg zu verweisen, denn der Fortfall des Zwischenstadiums, in welchem die Mandatsklage möglich ist, bereitet nicht die mindeste Schwierigkeit. Vollkommen zutreffend wird jetzt in den Motiven ferner bemerkt: „Der Unterschied, welchen der Gesetzgeber zwischen der einjährigen Executionsfrist und der 5 jährigen Frist für den Executiv-, jetzt Mandatsproceß statuirt hat, beruht auf einem guten Grunde. Die Eigenthümlichkeit der eben gedachten Prozeßart verträgt es nicht, daß der Zeitpunkt für den Beginn der Frist, innerhalb deren sie zulässig, von Umständen abhängig gemacht werde, welche aus dem der Klage zu Grunde liegenden Judicat nicht ersichtlich sein können, sondern eines besonderen Nachweises bedürfen." Durch die weiter ausführlich mitgetheilte Entstehungsgeschichte des Anh. §. 195 wird endlich die hier vertretene Ansicht auf das Evidenteste bestätigt. In seiner ursprünglichen Fassung enthielt dieser ein zweites Alinea, worin es hieß, daß, wenn die zur gehörigen Zeit nachgesuchte Execution nicht habe vollstreckt werden können, deren Erneuerung immer zulässig sei. Dieser Zusatz ist nur aus dem Grunde gestrichen worden, weil er schon in Anh. §. 148 enthalten war.

> Der zweite Plenarbeschluß, Pr. 2765 vom 10. Juni 1872 lautet: „Bei der Expropriation von Grundstücken zu Eisenbahnzwecken in der Kur- und Neumark ist in den Fällen, in welchen bei der Feststellung der Entschädigung der Reinertrag zu Grunde gelegt wird, der letztere mit vier Procent zu capitalisiren. (S. 19).

Ein allgemeines Interesse bietet dieser Plenar-Beschluß dadurch, daß er davon ausgehend, daß weder das Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 noch die Vorschriften des A. L.-R. Thl. I. Tit. 11 §§. 8—11 über die Expropriationen besondere Bestimmungen betreffs der vorliegenden Frage enthalten, erklärt, daß die Provinzialgesetze in dieser Hinsicht zur Entscheidung heranzuziehen seien, nicht aber der §. 841 Tit. 11 Thl. I. A. L.-R. („Unter landüblichen Zinsen werden im Gesetze fünf vom Hundert verstanden"). Denn dieser §. gäbe nur eine Anordnung für den Fall, daß das Gesetz der landüblichen Zinsen erwähne, und über

dies habe derselbe bei der Festsetzung der Höhe der letzteren gar nicht den in Betracht kommenden Gesichtspunkt berücksichtigen können, daß der expropriirte Grundbesitzer, welcher Anspruch auf volle Entschädigung habe, eine solche allein durch ein Capital erhalte, welches ihm bei relativ sicherer Anlage einen dem Reinertrag gleichkommenden Zins gewähre.

Eben so, wie mit den Plenarbeschlüssen, wird man sich ferner mit den meisten in dem diesmaligen Bande mitgetheilten Senatsentscheidungen einverstanden erklären müssen. Das gilt zunächst von der Entscheidung

> I. Sen. v. 29. Januar 1872, daß ein Testament nicht nichtig ist, wenn dasselbe nicht vor einem für diesen einzelnen Fall vom Gerichts-Vorgesetzten besonders ernannten Richter, sondern vor einem für alle vorkommenden Testamente generell bestellten beständigen Deputirten errichtet worden ist, (S. 44),

welche die bei vielen Gerichten übliche Einrichtung deshalb sanctionirt, weil der §. 88 Tit. 12. Thl. I. A. L.-R. nicht verlange, daß die Testaments-Deputation für jeden einzelnen Fall besonders ernannt werde, und §. 3 Tit. 2 Thl. II. A. G.-O. die Bestellung ständiger Deputationen für alle Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich gestatte. Allerdings ist auf Grund des §. 89 Tit. 12 Thl. I. A. L.-R.: „Einzelne Mitglieder und Subalternen können also ohne dergleichen **besonderen** Auftrag zur Auf- und Annahme eines letzten Willens sich nicht gebrauchen lassen", von **Koch**, Commentar Note 90 zu §. 88 a. a. O. und **Förster**, preuß. Privatrecht, Bd. 4 S. 91 das Gegentheil behauptet worden. Da indessen das: „besonders" füglich auch auf die Ermächtigung zur Entgegennahme der Testaments-Errichtung bezogen werden kann, — denn §. 87 a. a. O. setzt die jetzt nicht mehr übliche Errichtung vor dem versammelten Collegium in den gewöhnlichen Sitzungen als Regel voraus — so erscheint es gerechtfertigt, wenn das Ober-Tribunal an einer Ansicht festgehalten hat, deren Reprobation die Giltigkeit einer nicht unerheblichen Anzahl von Testamenten in Frage stellen würde, und das um so mehr, als die Parteien kaum in der Lage sind, sich gegen das in dem Geschäfts-Regulative vom 18. Juli 1850 gebilligte Verfahren der Errichtung ständiger Testaments-Deputationen zu schützen.

Ebenso gerechtfertigt erscheint das Präjudicat

> II. Sen. v. 14. September 1871, daß das im §. 81 Tit. 8. Thl. I. A. L.-R. dem Hauseigenthümer eingeräumte Nutzungsrecht am Bürgersteige keinen Entschädigungsanspruch begründet, wenn der Magistrat einer Stadt als Polizei-Behörde eine ohne polizeiliche Erlaubniß wieder hergestellte Freitreppe und Podest im Interesse der öffentlichen Sicherheit hat abbrechen lassen. (S. 54).

Die Regulirung des betreffenden Nutzungsrechtes ist den Orts-Polizeigesetzen ausdrücklich im §. 82 a. a. O. vorbehalten, und §. 80 bestimmt ferner, daß „die Wiederherstellung eingegangener Erker, Läden ꝛc. nur unter Erlaubniß der Polizei-Obrigkeit" vorgenommen werden darf. Ein von den polizeilichen Verfügungen unabhängiges Nutzungsrecht besteht daher nicht.

Nach dem Urtheil des

> IV. Sen. v. 7. September 1871 unterliegt die Veräußerung

eines zahlungsunfähigen Schuldners, welche unter der Bedingung geschieht, daß der Erwerber binnen einer bestimmten Zeit die Tochter des Verkäufers heirathe, nicht der Anfechtung nach dem §. 5 Nr. 3 lit. d des Gesetzes vom 9. Juni 1855. (S. 59).

Die in dem Gesetze aufgestellte Präsumtion für die Kenntniß der Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, kann nicht über den Kreis der gesetzlich bestimmten Voraussetzungen ausgedehnt werden. So lange der Erwerber die Tochter des Schuldners noch nicht geheirathet, ist er noch nicht der Ehegatte eines nahen Verwandten des letzteren. „Das Pactiren mit Beziehung auf eine zukünftige, als Bedingung hingestellte Heirath bringt nicht das enge Band und Familien-Verhältniß hervor, welches zwischen Schwiegersohn und Schwiegereltern zu bestehen pflegt", und das den Gesetzgeber veranlaßt hat, für die Kunde der Vermögensverhältnisse der letzteren bei dem ersteren zu präsumiren.

Das Erkenntniß des III. Sen. v. 12. Februar nimmt an:

1) daß die im §. 117 Tit. 5 Thl. I A. L.-R. ausgesprochene Vermuthung hinsichtlich der Bedeutung des Vorbehaltes der Contrahenten, den Vertrag schriftlich zu schließen, nicht auch auf die bei Gelegenheit eines schriftlichen Vertrages getroffene Verabredung der notariellen Aufnahme desselben anzuwenden,

2) daß ein Landgut im Sinne des §. 400 Tit. 21 Thl. I. A. L.-R. in dem Falle nicht vorhanden ist, wo Ackerländereien zu einer Mühle im Verhältnisse von Nebensache zur Hauptsache stehen. (S. 64).

„Die Vorschrift des §. 117 a. a. O., die aus einer gemein-rechtlichen Controverse über eine Pandektenstelle (l. 17. C. de fide instr. IV, 21) hervorgegangen ist, enthält keinen zu allgemeiner Geltung geeigneten Rechtsgedanken, sondern die Deutung einer bestimmten Willenserklärung der Contrahenten, sie schließt sich an den §. 116 an, welcher von den Erfordernissen der gesetzlichen oder verabredeten Schriftform handelt; sie setzt ausdrücklich die Verabredung nur den Schriftform voraus und läßt sich daher nicht im Wege der Analogie auf Fälle ausdehnen, in welchen diese Form von den Contrahenten bereits gewahrt ist, und nebenher, sogar nur mündlich noch eine weitere den Vertrag bestärkende Form verabredet ist. Für die gehörig abgeschlossenen schriftlichen Verträge gelten besondere Regeln, ihre Geltung ist davon nicht abhängig, daß ein förmlicherer Abschluß von den Parteien beabsichtigt oder von den Gesetzen zu bestimmten Zwecken erfordert wird".

Die Entscheidung zu 2 rechtfertigt sich damit, daß das A. L.-R. unter Landgut einen Inbegriff von beweglichen und unbeweglichen Sachen versteht, welche ihrer Hauptbestimmung nach zum Zwecke des Ackerbaues und der Viehzucht vereinigt sind, s. auch Schrötter, preuß. Anwalts-Zeitung Jahrg. 2 S. 210.

Das Urtheil des II. Sen. v. 16. Januar 1872 S. 68 trägt die Ueberschrift:

> Geht bei der Zerstückelung einer zu Bauholz berechtigten Stelle ein Theil der Berechtigung auf den Käufer über?

Diese ist incorrect, denn die Entscheidung hat festgestellt, daß die Zerstückelung nicht unter allen Umständen den Uebergang ausschließt, ein

solcher vielmehr dann stattfindet, wenn dem Käufer zugleich ein entsprechender Theil der Baulichkeiten und damit ausdrücklich der analoge Theil der Bauholz-Berechtigung übertragen wird. Die Begründung der an sich richtigen Entscheidung ist in so fern mangelhaft, als blos eine Assertion der letzteren beibt worden ist, während darauf hätte verwiesen werden müssen, daß die Gerechtigkeit dadurch an sich nicht verloren geht, daß die Gebäude in das Eigenthum verschiedener Personen kommen, weil die Theilung des berechtigten Grundstücks allein keinen Erlöschungsgrund der Servitut bildet.

Dem Erkenntniß des III. Sen. v. 1. März 1872 sind die Fragen vorangestellt: (S. 73).

1) Findet die Nr. 2 des §. 42 der Conc.-Ordn.*) auch auf Ansprüche aus den zur Zeit der Concurs-Eröffnung theilweise erfüllten Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners, in welche die Gläubigerschaft an Stelle desselben eingetreten ist, Anwendung?
2) Ist der Anspruch des Verpächters auf Ersatz der Inventarien-Defecte des Pächters nach der Rückgewähr der Pacht, in welche die Gläubigerschaft eingetreten ist, nach der Nr. 2 oder nach der Nr. 3 des §. 42 der Conc.-Ordn. als Massenschuld zu beurtheilen?.
3) Muß der Verpächter im Concurse des Pächters beweisen, in welcher Zeit und durch wen die bei der Rückgewähr fehlenden Inventarienstücke entfernt worden, und daß die Gläubigerschaft contractwidrig gehandelt habe,
4) Hat die Conc.-Ordn. das Zurückbehaltungs-, resp. Pfandrecht des Verpächters an den abgesonderten Früchten der verpachteten Sache im §. 33 Nr. 4 anerkannt.

Die erste Frage ist nicht des Näheren erörtert, hätte also aus der Ueberschrift fortbleiben müssen. Die zweite ist im Sinne der letzten Alternative bejaht. Die Nr. 2 beziehe sich — so wird zunächst bemerkt — nach den Motiven zur Conc.-Ordn. nicht auf zeitdauernde Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners, wie namentlich Mieths- und Pachtverträge und Gesindedienstverhältnisse, von diesen handle vielmehr gerade Nr. 3. Sodann führen die Entscheidungsgründe mit Bezug auf das weitere Requisit der Nr. 3: „sofern die Ansprüche in Forderungen für die Zeit nach der Concurs-Eröffnung bestehen" aus: „Der Anspruch des Klägers auf Ersatz der Inventarienstücke beruht auf einer Forderung, welche erst für die Zeit nach der Concurs-Eröffnung besteht. Allerdings gründet selbige sich auf die früher geschlossenen Verträge; sie entsteht aber erst mit der Endigung der Pacht

*) „Außer den Communkosten sind als Schulden der Masse anzusehen und aus derselben vollständig zu befriedigen: . . . .
2) alle Ansprüche aus den zur Zeit der Concurs-Eröffnung noch nicht erfüllten verbindlichen Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners, in welche die Gläubigerschaft an Stelle desselben eingetreten ist,
3) alle Ansprüche aus den zur Zeit der Concurs-Eröffnung noch nicht beendigten Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen des Gemeinschuldners, welche für die Gläubigerschaft über den Zeitpunkt der Concurs-Eröffnung verbindlich sind (§§. 18—20), sofern die Ansprüche in Forderungen für die Zeit nach der Concurs-Eröffnung bestehen.

und der Rückgewähr; früher ist sie nicht begründet und kann früher nicht geltend gemacht werden". Das ist freilich im Resultat richtig, nur ist es nicht richtig, daß die Forderung auf Rückgewähr der Inventarienstücke eventuell die auf Ersatz der letzteren erst mit der Endigung der Pacht entsteht. Entstanden ist diese schon eben so wie die auf Rückgewähr der verpachteten Sache mit der Hingabe an den Pächter, nur kann sie nicht früher als bei der Endigung der Pacht geltend gemacht werden. Weiter ist aber nichts erforderlich, damit der Anspruch die Qualität als Masseschuld erlangt, denn „Ansprüche, die in Forderungen für die Zeit nach der Concurs-Eröffnung bestehen", nicht wie das Ober-Tribunal dafür fälschlich substituirt: „Forderungen, welche erst für die erwähnte Zeit bestehen", sind alle solche Ansprüche, welche aus den übernommenen Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners originiren, aber vor der Concurs-Eröffnung noch nicht fällig gewesen oder nicht geltend gemacht werden konnten.

Die dritte Frage hat der höchste Gerichtshof verneint. Es sei falsch, daß die Concurs-Gläubigerschaft, die in den Vertrag eingetreten ist, nicht für frühere Deteriorationen hafte; sie hafte dafür, weil der §. 42 Nr. 3 ihre Verpflichtung nicht in dieser Weise beschränke und sie durch ihre eigene Handlung, durch Eintritt in die Verträge, diesen etwaigen Nachtheil selbst herbeigeführt habe; es werde endlich auch durch die Nr. 3 a. a. O. die Beweislast nicht dahin geregelt, daß der Verpächter zu beweisen habe, daß die Deteriorationen erst nach Eröffnung des Concurses eingetreten seien. Diese Begründung beschränkt sich im Wesentlichen darauf, das, was zu beweisen ist, zu behaupten. Der Zweifel, ob bei vor der Concurs-Eröffnung vorgenommener Deterioration nicht ein Anspruch vorliegt, welcher nicht zu den für die Zeit nach der Concurs-Eröffnung bestehenden gehört und somit nicht mehr eine Masseschuld ist, ist nicht genügend gewürdigt. Beseitigt wird dieser Einwand allerdings durch die Erwägung, daß die Forderung auf Rückgewähr noch nicht im Augenblick der Deteriorirung der Inventarienstücke, vielmehr erst bei der Beendigung der Pacht geltend gemacht werden kann, weil der Pächter bis dahin immer in der Lage ist, das Inventar wieder ordnungsmäßig zu ergänzen. Endlich kommt noch in Betracht, daß die Gläubigerschaft, welche in den Pachtvertrag eintritt, keine günstigere Stellung als der Pächter selbst erlangt, also auch die bestehende Pflicht, das Inventar wieder in Stand zu setzen, auf deren Erfüllung der Verpächter vorläufig nicht dringen kann, ihrerseits mit übernehmen muß.

Die vierte Frage ist in Uebereinstimmung mit der herrschenden Praxis und Doctrin bejaht.

Zuzustimmen ist ferner der Entscheidung des

> III. Sen. v. 19. Februar 1872, daß derjenige, welcher ein gestohlenes Pferd unter Nichtachtung der für den Pferdehandel zur Vorbeugung gegen den Pferdediebstahl verordneten Vorsichtsmaßregeln gekauft und veräußert hat, verpflichtet ist, den dem Eigenthümer des Pferdes hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen (S. 84).

Die Frage ist nur, ob ein derartiger Käufer einem unredlichen Besitzer, welchem nach §§. 13—15 Tit. 15 Th. I. A. L.-R. eine solche Ersatzpflicht obliegt, gleichgestellt werden kann. Für die Bejahung spricht

der §. 15 Tit. 7 Th. I. A. L.=R., welcher dem unredlichen Besitzer gleich achtet, d. h. rechtlich gleichstellt Denjenigen, welcher „zur Zeit der Erwerbung des Besitzes bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet". Der Einwand, daß diese letztere Bestimmung nicht in Betracht komme, weil sie sich blos auf das possessorische, höchstens auf das petitorische Verhältniß des Klägers zur Sache und nicht auf die Schadensersatzpflicht des fahrlässigen Käufers beziehe, wird zutreffend damit widerlegt: „daß die Grundsätze des Tit. 7 von den Rechtsfolgen der Redlichkeit, Unrechtfertigkeit des Besitzes nicht sowohl dem Rechte des Besitzes als vielmehr dem Rechte zum Besitze angehören (Förster, preuß. Privatrecht 2. Aufl. Bd. 3 S. 21) und recht eigentlich bei der Verfolgung des Eigenthums, also bei der Materie zur Anwendung kommen, mit welcher es der Tit. 15 zu thun hat, und demgemäß in letzterem wiederholt die Vorschriften des Tit. 7 in Bezug genommen sind (Tit. 15 §§. 2. 11. 20. 27. 33), daß ferner auch §. 15 des Tit. 15 einen zur Verfolgung des Eigenthums gehörigen Anspruch, nämlich den Fall betrifft, daß der gewesene Besitzer der von dem Eigenthümer bei einem Dritten vindicirten oder ihm wegen der rechtlichen Unzulässigkeit der Vindication verloren gegangenen Sache dem Eigenthümer für das Interesse haftbar ist und zwar wegen der Unredlichkeit des Erwerbers, also wegen eben desselben rechtlichen Momentes, mit welchem es der §. 15 Tit. 7 zu thun hat".

In dem Urtheil des III. Sen. v. 23. Februar 1872 wird die Frage:

> Ist die einseitige Veräußerung von Grundstücken seitens des Ehemannes bei bestehender Gütergemeinschaft dergestalt hinfällig, daß sie durch den nachgebrachten Consens der Ehefrau nicht convalesciren kann? (S. 92.)

verneint. In der Sache selbst halte ich die Entscheidung für richtig, nur ist die Begründung wieder nicht zutreffend. Der höchste Gerichtshof geht von der vollkommen richtigen Ansicht aus, daß ein derartiges Geschäft auch für den Mann nichtig ist, wenn die Ehefrau ihren Consens versagt. Zur Motivirung aber dafür, daß ein derartiger Vertrag von der einseitigen Abschließung durch den Mann bis zu dem Zeitpunkt, wo die Genehmigung der Frau eintritt, nicht jeder Wirksamkeit entbehrt, wird zunächst bemerkt, daß eine wirkliche Nichtigkeit nur eintritt beim Mangel wesentlicher Bestandtheile des Geschäftes, der nothwendigen Form, des Willens der handelnden Personen, und wesentlicher Eigenschaften derselben oder des Gegenstandes, nicht aber beim Mangel der Mitwirkung eines bei dem Geschäfte betheiligten Dritten oder bei fehlender Dispositionsbeschränkung der Abschließenden, in welchen Fällen der Regel nach der Mangel durch nachträgliche Zustimmung des dritten Interessenten oder spätere Erwerbung des Dispositionsrechtes behoben und das Geschäft allseitig verbindlich werden könne. Das entscheidet aber nichts, weil es gerade darauf ankommt, zu welcher Kategorie von Fällen der hier in Rede stehende gehört. Ebensowenig ist es ferner richtig, daß der Mann sich bei einseitig vorgenommenen Dispositionen der vorliegenden Art in der Lage eines seine Vollmacht überschreitenden Bevollmächtigten befindet und daß auf dies Verhältniß die Vorschriften

der §§. 142 ff. Tit. 13 Th. I. A. L.-R. anzuwenden sind, daß also das geschlossene Geschäft durch nachträgliche Genehmigung der Frau gültig werden kann und nur die Eigenthümlichkeit hinzutritt, daß auch die Wirksamkeit der eigenen Verpflichtung des Mannes von derjenigen der Frau abhängig ist. Schon aus dem letzten Grunde paßt die Analogie des Mandatars nicht, da sich dieser für seine Person dem Dritten immer verbindlich macht und seine eigene Verhaftung ohne die Zustimmung des Machtgebers herbeigeführt werden kann. Ferner ist der Ehemann nun und nimmer Mandatar der Frau, sondern er hat die Verwaltungs- und Vertretungsbefugniß kraft eigenen, kraft des ehemännlichen Rechtes und soweit er dieselbe besitzt, ist die Ehefrau handlungsunfähig. Aber andererseits trifft diese Handlungsunfähigkeit den Ehemann ebenfalls bei den gütergemeinschaftlichen Geschäften, zu denen der Consens der Ehefrau erforderlich ist. Demgemäß steht die Sache hier gerade so, wie wenn ein Handlungsunfähiger den Vertrag geschlossen hat, d. h. er ist nicht gebunden, aber der andere Contrahent, so lange bis die Entscheidung der Frau, welche hier an Stelle des Vormundes tritt, erfolgt oder die ihr von demselben zu setzende Frist abgelaufen ist, mit andern Worten es waren die §§. 11—15 Tit. 5 Th. I. analogisch zur Anwendung zu bringen. Damit harmonirt denn auch die vom Ober-Tribunal für seine Ansicht herangezogene Bestimmung des §. 388 Tit. 1 Th. II., wonach der Ehemann die Ergänzung des von der Frau versagten Consenses durch den Vormundschafts-Richter verlangen kann, ohne daß die Nothwendigkeit ausgesprochen ist, daß diese Supplirung der Verfügung des Mannes vorangehen muß.

> Der III. Sen. hat ferner in dem Erkenntniß v. 23. Februar 1872 angenommen, daß die in den §§. 186. 190. Tit. 13. Th. I. A. L.-R. enthaltenen Grundsätze über die über den Tod des Machtgebers hinaus sich äußernden Wirkungen eines Vollmachtsauftrages auch in dem Falle des §. 149 a. a. O. zur Geltung gelangen. (S. 97),

und mit Recht, denn wenn „auch der §. 149*) nicht von der Voraussetzung eines in der That ertheilten Vollmachtsauftrages ausgeht, vielmehr den Fall im Auge hat, wo durch Jemandes Erklärung ein Dritter nur die relative Berechtigung erlangt, einen einer andern Person ertheilten Auftrag zu präsumiren, so enthalten die §§. 186. 190**) doch allgemeine, das Vollmachtsverhältniß betreffende Grundsätze, welche

---

*) §. 148 Tit. 13 Th. I.: „Ist die Erklärung gegen den Dritten nur mündlich geschehen, so ist zwar der Erklärende nicht schuldig, die zwischen diesem Dritten und dem angeblichen Bevollmächtigten vorgenommenen Verhandlungen und geschlossenen Verträge selbst zu genehmigen". §. 149: „Hat aber der Dritte dem angeblichen Bevollmächtigten auf den Grund eines solchen Vertrages etwas gegeben oder geleistet, so haftet der Erklärende dafür ebenso, als wenn er es selbst auf Grund eines mündlichen Vertrages erhalten hätte.

**) §. 186: „Durch den Tod eines der beiden Contrahenten werden in der Regel alle Aufträge geendigt, welche nicht mit auf die Erben ausdrücklich gerichtet sind". §. 190: „Die Regel, daß durch den Tod des Machtgebers der Vollmachtsvertrag aufgehoben werde, leidet eine Ausnahme, wenn das Geschäft von der Natur ist, daß es erst nach dem Tode des Machtgebers ausgeführt werden kann".

auch dort eintreten, wo ein in mangelhafter Form ertheilter Auftrag dennoch — wenngleich unvollkommene — vertragliche Wirkungen äußert."

Das S. 103 folgende Erkenntniß des I. Sen. v. 1. März 1872. stellt nur die schon recipirte Auffassung fest,

> daß ein nach Maßgabe des §. 392 Tit. 1 Th. II. A. L.=R. vorgenommene Vermögensabsonderung nicht nothwendig und von selbst auch für die Ehegatten die Aufhebung der bis dahin unter ihnen gesetzlich bestandenen Gütergemeinschaft zur Folge hat.

Bedenklich erscheint dagegen das Urtheil des

> IV. Sen. v. 29. Februar 1872, daß eine Darlehnsobligation, in welche eine Kaufgelderschuld für Waaren umgewandelt worden, der kürzeren Verjährung nach dem §. 1 des Ges. vom 31. März 1838 nicht unterliegt. (S. 118.)

Das Ober=Tribunal will den §. 86 Tit. 11 Th. I. A. L.=R. („Es ändert also die Natur des ursprünglichen Geschäftes, aus welchem die Zahlungsverbindlichkeit entstanden ist, noch nicht, wenngleich über die schuldige Summe ein Schuldschein als über ein Darlehn ausgestellt worden") dahin aufgefaßt wissen, daß durch die mit dem wahren Vertrags=Verhältniß nicht übereinstimmende, also unrichtige Bezeichnung der schuldigen Summe als Darlehn diese nicht die rechtliche Natur eines solchen annehmen soll, ihn aber nicht zur Anwendung bringen, wenn durch Vereinbarung der Parteien materiell eine Aufhebung der früheren Schuld erfolgt und an Stelle derselben eine Darlehnsschuld erzeugt worden ist. Der Gerichtshof ist also der Ansicht, daß einmal eine Novation einer Kaufgelderschuld in ein Darlehn möglich ist und daß §. 867 eine solche nicht verbietet. Das erstere ist bekanntlich vielfach bestritten und neue Argumente zur Beseitigung der dagegen geltend gemachten Einwendungen werden nicht beigebracht. Ferner fragt es sich aber, ob der §. 867 nicht dahin auszulegen ist, daß er die gemeinrechtliche Statthaftigkeit der Begründung eines Darlehns durch Belassung des von dem Verpflichteten Geschuldeten in dessen Händen, hat ausschließen wollen. Dafür spricht die Stellung des §. unter dem Marginale: „Vom Creditiren" und der vorhergehende §. 866, wonach jede rückständige Zahlung nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindlichkeit entstanden ist, beurtheilt werden soll. Endlich setzt §. 867 doch wohl voraus, daß die Parteien dahin übereingekommen sein müssen, daß die schuldige Summe als Darlehn behandelt werden soll, denn die einseitige Ausstellung eines derartigen Schuldscheins würde an sich für den andern Contrahenten keine rechtliche Wirkung haben, und dies hätte nicht ausdrücklich bestimmt zu werden brauchen; in der Annahme eines solchen Schuldscheines seitens des Mitcontrahenten aber würde stets eine stillschweigende Vereinbarung liegen, und dann von einer unrichtigen Bezeichnung nicht mehr die Rede sein können. Somit kann der §. 867 wenn er überhaupt einen passenden Sinn geben soll, m. E. nur die Bedeutung eines Verbotes haben, die Natur der rückständigen Zahlung durch bloße Willenserklärung zu ändern. Die weitere Frage, ob die kürzere Verjährung oder die längere in einem solchen Fall eintritt, muß selbstverständlich von dem hier vertheidigten Standpunkt aus im entgegengesetzten Sinne entschieden werden.

Die Frage:

> Hat der Ersteher eines in nothwendiger Subhastation verkauften

Grundstücks das Kaufgeld bis zum Kaufgeldervertheilungs-Termine zu verzinsen, auch wenn die Verbindlichkeit dazu in den Kaufbedingungen und im Zuschlags-Urtheile nicht festgesetzt ist? (S. 124,

ist in dem Erkenntnisse des III. Sen. v. 5. April 1872 bejaht. Wenn auch nach der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 §. 57 die Uebergabe des Grundstückes für die Regel erst nach der Berichtigung der Kaufgelder erfolgt, so ist doch an dem §. 342 Tit. 11 Th. I. A. L.-R. nichts geändert. Nach diesem gehen aber die Nutzungen, also auch der Fruchtgenuß und die Gefahr, trotz der nicht erfolgten Uebergabe, schon mit der Verkündigung des Zuschlagsbescheides auf den Ersteher über, und da nach §. 109 Tit. 11 Th. I. A. L.-R. Niemand Kaufgeld und Sache zugleich nutzen kann, muß auch für den hier in Rede stehenden Fall dem Ersteher die Pflicht zur Verzinsung der Kaufgelder auferlegt werden.

Das S. 133 abgedruckte Urtheil des III. Sen. v. 25. März 1871 trägt die Ueberschrift:

Ist in dem Falle, daß eine Realberechtigung zu fortlaufenden Hebungen von unbestimmter Dauer mit einem Hypothekencapitale zu gleichem Rechte im Hypothekenbuche eingetragen ist, und das Kaufgeld des subhastirten Grundstückes nicht zur vollen Befriedigung resp. Deckung beider Ansprüche ausreicht, der Hebungsberechtigte befugt, aus dem zu seiner Deckung niedergelegten, verhältnißmäßig auf denselben gefallenen Capitale unbeschränkt seine Befriedigung für die ganze Hebung bis zur gänzlichen Aufzehrung des Deckungscapitals zu verlangen oder ist er nur so lange hierzu befugt, als der Rest des Deckungscapitals den Betrag der noch nicht getilgten Hypothekenforderung übersteigt? Und wenn nur dieser Betrag noch übrig bleibt, ist er alsdann zwar nur 4 Procent des auf den Hebungsberechtigten entfallenen Deckungs-Capitales, diese aber bis zur vollen Erschöpfung des Deckungs-Capitales zu fordern berechtigt? (S. 133).

Im Zusammenhange damit steht die Entscheidung des III. Sen. v. 20. Februar 1870 (Entscheidungen Bd. 65 S. 454), auf welche zugleich mit einzugehen ist, da das Ober-Tribunal auf die Motive der letzteren verweist. In dieser letzteren hat dasselbe angenommen,

daß wenn bei der in nothwendigen Subhastationen stattfindenden Vertheilung der Kaufgeldermasse ein zur Deckung künftiger jährlicher Hebungen ausgesetztes Capital nicht mehr voll zur Perception kommt, Gläubiger, welche nicht zu gleichen Rechten mit diesen Hebungen, sondern erst hinter denselben in das Hypothekenbuch eingetragen sind, dem nicht widersprechen dürfen, daß jährlich der volle Betrag der Hebungen aus den Zinsen des angelegten Capitals und aus diesem selbst bis zu dessen Erschöpfung, so lange das Recht zu den Hebungen fortdauert, ausgezahlt wird.

Der §. 251 der Conc.-Ordn. bestimmt: „Besteht eine Forderung in dem Anspruche auf fortlaufende Hebungen, so wird der Betrag, welcher bei der Vertheilung auf das zur Deckung der künftigen Hebungen angesetzte Capital (§§. 62. 85.)“ — d. h. auf die zu 4 Procent capitalisirte Summe —“ fällt, verzinslich angelegt... So oft die Zinsen zur Berichtigung der dem angesetzten Capitale entsprechenden Hebungsbeträge nicht

hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capitale entnommen." Im Concurse werden also nicht die vollen Hebungen, sondern nur der dem zum Ansatz gekommenen Capitale entsprechende Betrag derselben (vgl. auch Koch, Commentar zu §. 251 der Conc.-Ordn.) gewährt. Diese Bestimmung erklärt sich daraus, daß im Concurse abgesehen von den wenigen privilegirten Forderungen alle Ansprüche zu gleichen Rechten, also bei unzulänglicher Masse proratarisch befriedigt werden. Derselbe Grundsatz muß allerdings in der Subhastation da gelten, wo Forderungen zu gleicher Priorität concurriren, wie dies schon früher vom Ober-Tribunal (Entscheid. Bd. 59 S. 429, s. auch diese Zeitschrift Jahrg. 2 S. 701) ausgesprochen ist. Dieser Fall bildet aber bei der Subhastation die Ausnahme, vielmehr ist es bei derselben Regel, daß die Forderungen in der durch das Grundbuch bestimmten Rangordnung nach einander zur Perception kommen, mithin die frühere Forderung vor der späteren voll befriedigt werden muß. Hieraus folgt, daß Derjenige, welcher fortlaufende Hebungen mit einem Vorzugsrechte zu beanspruchen hat, sich nicht eine Minderung derselben gefallen zu lassen braucht, sondern diese eventuell bis zur Erschöpfung des ausgeworfenen Capitalbetrages verlangen darf. Wenn nun §. 398 der Conc.-Ordn., an dessen Stelle jetzt der fast gleichlautende §. 77 der Subhastations-Ordn. getreten ist, für die Kaufgelderbelegung bestimmt: „So oft die Zinsen zur Berichtigung der Hebungsbeträge nicht hinreichen, wird der fehlende Betrag aus dem Capitale entnommen", so steht er, wie seine Fassung und auch die Motive ergeben, zu dem §. 251 in bewußtem Gegensatz, deshalb weil er die prioritätische Rangordnung im Auge gehabt hat, und hindert also nicht, das diese beherrschende allgemeine Princip zur Anwendung zu bringen.

Von diesem früher eingenommenen Standpunkt aus deducirt das Ober-Tribunal in der jetzt vorliegenden Entscheidung, indem es die zweite Alternative der ersten Frage bejaht, daß das für den Hebungsberechtigten ausgeworfene reducirte Deckungscapital ihm insoweit zur Entnahme seiner uneingeschränkten, ihm von vornherein zuständigen Hebungsbeträge und insoweit zur vollen Absorbirung zusteht, als dadurch der neben ihm berechtigte Hypothekarius wegen seiner vollen Befriedigung noch gar nicht gefährdet erscheint. Eine solche Gefährdung tritt aber ein, wenn das für die Hebungen angesetzte Capital durch Absorbirung bis auf einen dem Ausfall des concurrirenden Hypotheken-Gläubigers entsprechenden Betrag hinabgesunken ist, weil der letztere dann nicht mehr zur vollen Befriedigung beider hinreicht und der Hebungsberechtigte, wenn er nunmehr die volle Höhe seiner Hebungen weiter erhielte, unzulässiger Weise vor dem mit ihm concurrirenden Gläubiger befriedigt werden würde. Von diesem Zeitpunkt ab muß also eine tributarische Herabsetzung erfolgen, und zwar in der Weise, daß die Percipienden des Hebungsberechtigten in demselben Verhältnisse herabgesetzt werden, in welchem das Capital des Hypothekengläubigers bei der ursprünglichen Repartition der Kaufgelder wegen der Concurrenz mit dem Deckungscapitale des Hebungsberechtigten hat herabgesetzt werden müssen.

Das Erkenntniß des IV. Sen. v. 14. März 1872 (Seite 142) spricht aus, daß die Forderungen eines Handwerkrrs aus einem Werkverdingungsvertrage der kurzen Verjährung nach dem Gesetze vom 31. Mai 1838 nnterliegen. (S. 142.)

Das erwähnte Gesetz, welches bestimmt (§. 1 Nr. 1): „Mit Ablauf von 2 Jahren verjähren die Forderungen der Fabrikunternehmer u. s. w. und Handwerker für Waaren und Arbeiten", bezieht sich auf alle Handwerksarbeiten und es kommt nichts darauf an, ob der Handwerker als solcher nur einzelne Arbeiten oder ein ganzes Werk geleistet hat, denn auch das Werk eines Handwerkers ist nichts anderes als das Product seiner Arbeiten. Weiter wird darauf hingewiesen, daß weder das Gesetz noch die Natur der Sache eine Veranlassung gibt, den Werkverdingungsvertrag überhaupt der kurzen Verjährung zu entziehen, und daß bei Ausschließung desselben die Ansprüche aller producirenden Handwerker, wie z. B. der Schneider, Schuhmacher, Sattler, Wagenbauer u. s. w. für die bei ihnen bestellten Werke nicht unter das Gesetz fallen würden, während solche Forderungen doch gerade zu den im Eingange des Gesetzes gedachten, nämlich zu denen gehören, welche entweder sogleich oder in kurzer Zeit berichtigt zu werden pflegten.

Durch das Urtheil des V. Sen. v. 6. Februar 1872 (S. 147) wird festgestellt,

> daß die Rechte zur Gewinnung solcher Fossilien, welche nach Gesetze vom 24. Juni 1865 von dem Verfügungsrechte des Grundeigenthümers nicht ferner ausgeschlossen sind, aus dem Grundeigenthume eines Dritten nicht nur insoweit unter dem gedachten Gesetze noch als fortbestehend zu betrachten sind, als dieselben unter die im §. 250 des Gesetzes erwähnten Rechte der früher unmittelbaren Standesherren und derjenigen gehören, welchen auf Grund besonderer Rechtstitel das Bergregal in gewissen Bezirken allgemein oder für gewisse Mineralien zusteht, sondern daß das neue Gesetz auch die Rechte Derer unberührt gelassen, welche sich bei der Publication des Gesetzes im rechtlichen Besitze eines auf Grund früherer Regalität von dem früheren Regalherren durch Beleihung erworbenen, abgeleiteten Rechtes befanden.

Das Ober-Tribunal ist davon ausgegangen, daß die zuletzt gedachten Rechte nicht schon deshalb für aufgehoben zu erachten sind, weil ihrer in dem §. 250 des Berggesetzes, welcher die zuerst erwähnten aufrechthält, nicht gedacht wird, daß die Frage vielmehr unter Zuhülfenahme der anderweitigen Vorschriften des Gesetzes zu entscheiden sei. §. 222 desselben („Soweit das gegenwärtige Gesetz auf die bestehenden Bergwerke überhaupt Anwendung findet, unterliegen den Bestimmungen desselben auch diejenigen Bergwerke, welche den seitherigen Vorschriften gemäß auf Mineralien berechtigt sind, die der §. 1 dieses Gesetzes nicht mehr aufführt") unterwerfe nun nur die fernere Benutzung der betreffenden Mineralien den Bestimmungen des Gesetzes, und erkenne damit an, daß die Substanz des Rechtes selbst unverändert fortbestehe. Da es sich im §. 222 im Gegensatze zu dem §. 250 blos um die Beleihung auf gewisse Mineralien handle, also um solche Rechte, welche auf dem bisherigen Regal des Staates beruhen, so betrachte der erstere auch abgeleitete Rechte dieser Art als unter der neuen Gesetzgebung fortbestehend. Wenn §. 222 nur von Bergwerken spreche, so habe dies seinen Grund darin, daß der §. nur dem Bedürfnisse nach einer Regelung der Verhältnisse der älteren Bergwerke hätte Rechnung tragen wollen. Da aber in der Vorschrift die Grundanschauung des Gesetzes bezüglich seiner

Einwirkung auf vorher wohl erworbene Rechte in unverkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht sei, so müsse §. 222 auch auf den Fall angewendet werden, wo eine vor Erlaß des Gesetzes verliehene Berechtigung nicht durch den Betrieb eines eigentlichen Bergwerks ausgeübt werde, um so mehr als auch die Motive zu diesem §. erklären, daß, soweit Verleihungen auf bisher dem Bergregal unterworfen gewesene Mineralien beständen, diesen die bergrechtliche Grundlage durch Aufhebung der seitherigen Berggesetze nicht entzogen werden dürfe.

Die Entscheidung des II. Sen. v. 9. April 1872 (S. 157), daß das Recht auf Befreiung von Gemeinde-Abgaben durch Verjährung erworben werden kann,

bezieht in Uebereinstimmung mit der bisherigen feststehenden Praxis die §§. 5, 78, 79 Tit. 14 Th. I. A. L.-R. auch auf Communallasten, und hebt ausdrücklich hervor, daß der Plenarbeschluß vom 20. März 1846 (Entscheid. Bd. 13 S. 42), wonach die fünfzigjährige Präscription nicht auf Gemeindelasten Anwendung finde, nicht den Sinn habe, die Statthaftigkeit der Befreiung durch Verjährung bei den letzteren überhaupt auszuschließen.

Nach dem Erkenntniß des I. Sen. v. 29. April 1872 (S. 161), ist die Bestimmung des §. 55 Tit. 19 Th. II. A. L.-R. nicht blos auf den Fall des freiwilligen Ausscheidens aus der öffentlichen Armenanstalt beschränkt, sondern findet auch auf den Fall des durch Strafurtheil wegen begangenen Verbrechens herbeigeführten Ausscheidens Anwendung".

Die von der öffentlichen Anstalt für den Aufgenommenen aufgewendeten Kosten sind, wie schon früher ausgeführt worden (Entscheid. Bd. 11 S. 410) nicht für geschenkt zu erachten (vgl. auch §. 65 a. a. O.) Demgemäß kann §. 55 a. a. O. („Hat die aufgenommene Person die Anstalt vor ihrem Tode freiwillig wieder verlassen, so kann diese die auf sie verwendeten Kosten aus ihrem Vermögen oder Nachlasse als eine Schuld zurückfordern") nicht blos auf den erwähnten Fall beschränkt werden, vielmehr muß er überall zur Geltung kommen, wo die aufgenommene Person das der Armenanstalt zustehende Erbrecht durch ihre Handlungen vereitelt hat.

Ebenso gegründet ist die Annahme des I. Sen. v. 24. Mai 1872 (S. 170):

1. daß nach gemeinem Recht der Fiduciar bei einer fideicommissarischen Substitution auf den Ueberrest (fideicommissum eius quod superfuturum erit) als Substanzerbe anzusehen,
2. daß bei einer solchen Substitution der Fiduciar um diejenigen drei Viertheile des Nachlasses, über welche er nach gemeinem Recht unter Lebenden wie ein wahrer Eigenthümer disponiren darf, im Sinne des §. 9a des Stempelgesetzes v. 7. März 1822 wirklich reicher geworden ist.

Auch die Entscheidung des III. Sen. v. 12. April 1872 (S. 175) kann keinem Bedenken unterliegen,

daß dem Cessionar einer Hypothekenforderung von dem dinglichen Schuldner mit Erfolg die Einrede entgegengesetzt werden kann, daß diesem gegenüber der Cedent sich der Verfügung über die (bereits getilgte) Forderung begeben und sich zu deren Löschung

verbindlich gemacht, dies Abkommen aber dem Cessionar bei Erwerb der Forderung bekannt gewesen ist.

Das S. 183 folgende Urtheil des III. Sen. v. 13. Mai 1872 (S. 183) stellt den Rechtssatz auf, daß

> es in dem Falle, wenn ein Vertrag, daß es dem Gläubiger zustehen soll, bei ausbleibender Zahlung das Pfand außergerichtlich zu verkaufen, vor der Verfallzeit errichtet wird, nicht zulässig ist, contractlich festzusetzen, daß es einer mit Zuziehung des Pfandschuldners aufzunehmenden Taxe nicht bedürfen soll.

§§. 29, 30 Tit. 20 Th. I. A. L.-R. gestatten zwar eine Verabredung dahin, daß der Gläubiger bei ausbleibender Zahlung das Pfand außergerichtlich verkaufen kann, beschränken denselben aber dann, wenn diese Uebereinkunft vor dem Verfalltage getroffen ist, insofern als er das Pfand nicht unter einer aufzunehmenden Taxe verkaufen darf. Eine Befreiung des Gläubigers von dieser Beschränkung durch ausdrückliche Stipulation verbietet das A. L.-R. zwar nicht ausdrücklich, indessen soll eine solche nach der Ausführung des Ober-Tribunals nichtig sein, weil sowohl der §. 30 wie die übrigen mit ihm im Zusammenhang stehenden §§. den Zweck haben, wucherliche Geschäfte zu verhüten und die Schuldner vor Benachtheiligungen zu schützen, diese Vorschriften also im öffentlichen Interesse gegeben seien. Vom Standpunkt des A. L.-R. aus ist das wohl richtig, aber es hätte doch noch erwogen werden müssen, ob nicht der §. 30 durch das Zinsengesetz v. 14. November 1867 aufgehoben worden ist (s. meine Abhandlung in dieser Zeitschr. Jahrgg. 2 S. 54, 55), und ob, wenn man eine stillschweigende Aufhebung nicht annehmen will, sich die Ungültigkeit einer solchen Verabredung vom Standpunkt der Wuchertheorie jetzt noch herleiten läßt, nachdem die Gesetzgebung mit derselben gebrochen hat. Darüber enthalten die Motive aber nicht ein einziges Wort.

In dem Erkenntniß des III. Sen. v. 13. Mai 1872 (S. 190) wird die Frage:

> Ist, wenn bei der Vertheilung der Kaufgelder eines im Wege der Execution subhastirten Grundstückes ein nicht eingetragener, von dem Ersteher nicht übernommener Altentheil mit einer früher eingetragenen Hypothek concurrirt, dem Altentheile in dem Falle der Vorzug einzuräumen, daß der Hypothengläubiger vor der Eintragung Kenntniß von dem Altentheile gehabt hat?

bejaht und damit die von demselben Senate früher (s. Entscheid. Bd. 60 S. 371, diese Zeitschr. Jahrgg. 3 S. 577) ausgesprochene Ansicht reprobirt. Ob mit Recht, ist sehr fraglich. Das Ober-Tribunal verkennt auch jetzt nicht, daß der Wortlaut der Conc.-Ordn. (§. 51) der früheren Meinung zur Seite stehe. Es sucht aber zu deduciren, daß man an dem bestehenden Recht nichts habe ändern wollen und daß also das die Eintragung ersetzende Moment des bösen Glaubens bei dem hier in Rede stehenden Verhältniß berücksichtigt werden müsse. Schon diese Ausführung muß der mitgetheilten Stelle aus dem Commissions-Berichte der II. Kammer gegenüber sehr bedenklich erscheinen. Diese lautet: „Die Commission, indem sie diese Fassung vorschlägt, hält es für unzweifelhaft, daß dadurch ausgesprochen ist, daß alle nur auf speciellen Titeln beruhenden Verpflichtungen des Grundstückes, namentlich also Auszüge,

nur dann hier zur Berücksichtigung kommen, wenn die Verpflichtung ... in das Hypothekenbuch eingetragen sind". Mir scheint das gerade für das Umgekehrte zu sprechen. Und wie soll, wenn man das vom Ober-Tribunal neuadoptirte Princip anwendet, die Masse vertheilt werden? Man nehme den Fall: es concurrirt ein nicht eingetragener Altentheil, dann ein bösgläubiger Hypothekar und demnächst nur gutgläubige Hypothekare, welche das Altentheil nicht anzuerkennen brauchen. Dann könnte doch höchstens der Altentheilbesitzer so viel verlangen, als der bösgläubige Hypothekar erhält, weil sonst die hinterstehenden Gläubiger benachtheiligt werden. Soll aber der böswillige Hypothekar ganz ausfallen? Wie weiter, wenn nun wieder ein weiterer nachstehender, aber nicht der letzte Hypothekengläubiger in mala fide ist? Diese Fragen zeigen doch deutlich, daß die Relativität der Ansprüche bei einer Befriedigung aus gemeinschaftlicher Masse nicht durchführbar ist, und daß es also einen sehr guten Grund hat, wenn die Conc.-Ordn. die Eintragung der Reallasten oder einen öffentlich rechtlichen Character derselben, d. h. ihre absolute Dinglichkeit, verlangt.

Gerechtfertigt erscheint dagegen das Urtheil des II. Sen. v. 16. Mai 1872 (S. 202),

> daß die Gültigkeit der von den Bezirks-Regierungen auf Grund des §. 11 des Ges. v. 11. März 1850 erlassenen Polizei-Vorschriften von der Beobachtung der Bestimmungen des Rescripts des Innern des Ministers v. 6. Juni 1850 abhängig ist.

In dem erwähnten Gesetze §. 11 ist dem gedachten Minister die Befugniß beigelegt, die erforderlichen Bestimmungen über die Art der Verkündigung solcher Vorschriften und über die Formen, von deren Beobachtung die Gültigkeit derselben abhängt, zu erlassen. Da in Folge dessen das Rescript von 1850 ergangen, so müssen auch die darin festgesetzten Erfordernisse bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden.

Wenn in dem Erkenntniß des III. Sen. v. 31. Mai 1872 (S. 206) angenommen ist,

> daß der im §. 307 Tit. 5 Th. I. A. L.-R. angeordnete Verlust der Conventionalstrafe bei verspäteter Erfüllung durch die Annahme ohne Vorbehalt keine Anwendung auf den Fall der vertragsmäßigen Bedingung findet, daß bei nicht pünktlicher Zahlung der Zinsen eines geschuldeten und creditirten Capitals dasselbe sofort fällig sein soll,

und dies darauf gestützt wird, daß nach dem Eintritt der Bedingung der Gläubiger das Recht auf sofortige Zahlung erworben und der Verklagte das Recht aus der Kreditirung verloren, ein stillschweigender Verzicht der ersteren Befugniß aber aus der vorbehaltlosen Quittung über die Zinsen, welche der Gläubiger doch acceptiren müsse, nicht gefolgert werden dürfe, so fragt es sich doch, ob jene Verabredung dahin aufzufassen, daß sie auch dem Schuldner ein Recht auf Rückzahlung gibt, oder ob dieselbe nicht vielmehr als cassatorische Clausel zu behandeln, also dem Gläubiger nur neben dem bisher bestehen bleibenden vertragsmäßigen Rechte noch eine neue Befugniß erwächst, das Capital zurückzufordern, — eine Befugniß, welche natürlich besonders geltend gemacht, andererseits aber durch ein solches Benehmen des Gläubigers, welches seinen Willen auf Festhaltung des bisherigen Vertragsverhältnisses

bekundet, beseitigt werden muß. Für den Miethsvertrag hat denn auch das Pr. 1472 gerade das Gegentheil ausgesprochen; und wenn auch hier die Verhältnisse sich abweichend gestalten können, so reicht der Hinweis auf den letzteren Umstand doch nicht aus, denn auch beim Miethsvertrage zeigt sich die nahe Berührung der cassatorischen Clausel mit der Conventionalstrafe (Reyßner i. d. preuß. Anwaltsztg. Jahrgg. 4 S. 331; R. Koch, a. a. O. S. 804; Förster, preuß. Privatrecht §. 126 Nr. 1), deren Berücksichtigung in den Motiven nicht hätte unterbleiben dürfen.

Das Präjudicat des III. Sen. v. 20. November 1871 (S. 211) stellt fest,

1. daß ein Sicherheitspfeiler, den die Bergbehörde angebracht hat, damit der Wasserstollen einer benachbarten Grube nicht zu Bruche geht, für diese letztere nicht als ein Hülfsbau im Sinne der §§. 60 ff. des Allgm. Berggeſ. vom 24. Juni 1865 anzusehen ist, und
2. daß der Bergwerkseigenthümer, dem durch die Bergbehörde das Stehenlassen eines Sicherheitspfeilers aufgegeben worden ist, deßhalb keinen Entschädigungs-Anspruch besitzt,

das erstere weil der Hülfsbau ein Bau ist, der zum vortheilhafteren Betriebe eines Bergwerkes außerhalb der Grenzen desselben entweder im Bergfreien oder in einem fremden Grubenfelde angelegt wird, und diese Voraussetzungen dann nicht vorliegen, wenn der Bergbauende verlangt, daß ein anderer einen Theil eines ihm gehörigen Bergwerks ungenutzt stehen läßt, damit dem ersteren sein Wasserlösungs-Stollen erhalten bleibt, und eine darauf bezügliche Anordnung von der Bergbehörde erlassen wird. Die zweite Annahme ist damit motivirt, daß die Anordnung des Sicherheitspfeilers nur eine nähere Feststellung der gesetzlichen Schranken enthalte, innerhalb deren der Bergbauende zum Bergbaue (hier auf Kohlen) berechtigt sei, und das für dergleichen Einschränkungen in der Regel keine Entschädigung gefordert werden könne (§. 1, 2 Tit. 22 Th. I. A. L.-R.), der §. 148 des Berggeſ. aber hier keine Anwendung finde, weil er nur das Verhältniß zwischen Bergwerksbesitzer und Grundeigenthümer, nicht aber das zwischen zwei Bergwerkseigenthümern betreffe

Daß

der Kostenaufwand für das Wahlverfahren der Abgeordneten zum Norddeutschen Bunde sich nicht als eine nützliche Verwendung für den (Einzel-) Staat characterisirt — so I. Sen. v. 15. April 1872 S. 217 —

entspricht der Vorschrift des §. 16 des Wahlgesetzes vom 31. Mai 1869 wonach die Kosten für die Druckformulare der Wahlprotocolle und für die Ermittelung des Wahlergebnisses in den Wahlkreisen von den Bundesstaaten, alle übrigen Kosten des Wahlverfahrens aber von den Gemeinden getragen werden sollen. Die weiteren Ausführungen, welche sich auf vor dem Erlaß des Gesetzes abgehaltene Wahlenz beziehen, haben nur vorübergehendes Interesse.

Das Grundsteuer-Entschädigungsgesetz und Grundsteuergesetz v. 21. Mai 1861 betreffen zwei Erkenntnisse des I. Sen., das eine vom 19. Februar 1872 (S. 222)

welches bei landrechtlichen Familienfideicommissen die Familie, und nicht den Fideicommißbesitzer,

das andere vom 28. Juni 1872 (S. 277), welches

bei Lehngütern gleichfalls die lehnsberechtigte Familie, nicht den Lehnsbesitzer, als berechtigt zu der Entschädigung erklärt.

Mit Bezug auf die früheren Entscheidungen v. 21. Januar 1868 und 2. September 1870 (Entscheid. Bd. 61 S. 364 und Bd. 63 S. 396; vgl. noch diese Zeitschr. Jahrgg. 4 S. 588 und Jahrgg. 5 S. 451) gehen die Motive in dem ersten Erkenntniß davon aus, daß der Anspruch auf Entschädigung zwar nicht die Eigenschaft einer Gutspertinenz habe, daß aber der Heranziehung der allgemeinen Grundsätze über die Berechtigung zu derselben um so weniger etwas entgegenstehe, als der §. 23 des Grundsteuer-Entschädigungsgesetzes vom 21. Mai 1861 nur die Legitimation des Zahlungsempfängers der Staatskasse gegenüber regele. Von diesem Gesichtspunkt aus müsse die Familie als Berechtigte erklärt werden, denn das Entschädigungscapital trete an Stelle der erloschenen Steuer-Immunität des Fideicommißgutes, während der Fideicommißbesitzer nur nutzbarer Eigenthümer sei, und als Miteigener der Proprietät hinsichtlich dieser letzteren nicht mehr Recht habe, wie jedes andere zur Fideikommißfolge berufene Mitglied der Familie.

In den Gründen des zweiten Erkenntnisses wird auf diese Motivirung hingewiesen und ausgeführt, daß es sich bei Lehngütern ähnlich verhalte, weil der jeweilige Lehnsbesitzer in Folge des Wegfalles des Ober-Eigenthums keineswegs das volle Eigenthum am Lehngute erworben habe, vielmehr den successionsberechtigten Agnaten gegenüber nur nutzbarer Eigenthümer geblieben sei, und demgemäß nicht nur der Besitzer, sondern die ganze lehnsberechtigte Familie als das durch die Heranziehung zur Grundsteuer beschädigte Subjekt zu betrachten wäre.

Das S. 227 abgedruckte Urtheil des IV. Sen. v. 13. Juni 1872 spricht aus,

daß in Berlin der Verwalter einer Concursmasse, welcher einen bestehenden Miethscontract des Gemeinschuldners fortsetzt, zur Zahlung der Mieth- und der Personal-Sublevations-Steuer (als Masseschuld) verpflichtet ist.

Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß wenn nach §. 18 der Conc.-Ordn. die bestehenden Miethscontracte auf die Gläubigerschaft übergingen, dies auch mit allen Rechten und Pflichten, welche der Gemeinschuldner habe, geschehe, also die Concursmasse die von der Miethe zu zahlende Steuer ebenso entrichten müsse, wie die letztere. Ferner ergäbe sich die Qualität derselben als Masseschuld aus dem §. 42, Nr. 3 a. a. O., denn dieser die Masseforderungen näher festsetzende §. beziehe sich nicht nur auf die durch den Vertrag zwischen dem Cridar und seinen Mitcontrahenten entstandenen Rechtswirkungen, sondern auch auf alle solche, welche aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse hervorgingen.

In dem Erkenntniß des III. Sen. vom 24. Juni 1872 (S. 236) dahin lautend:

daß Kinder, für welche auf dem väterlichen Grundstücke der im §. 79 des Anhangs zum A. L.-R. erwähnte Vorbehalt hypothekarisch einzutragen ist, bei erfolgter nothwendiger Subhastation

des Grundstückes ein Recht an dem Kaufgelde vor den später eingetragenen Hypothekengläubigern haben,

hat das Ober-Tribunal sich der schon in zwei früheren ungedruckten Erkenntnissen ausgesprochenen Verwerfung der in dem Erkenntnisse vom 8. Mai 1859 (Entschdgen. Bd. 41, S. 225) aufgestellten gegentheiligen Ansichten angeschlossen, weil der Vater auch bei der nothwendigen Subhastation als Verkäufer zu betrachten sei, und die nachstehenden Gläubiger sich nach den allgemeinen Regeln die Befriedigung der Kinder gefallen lassen müßten. Damit ist der Bemerkung von Koch, Commentar zu Anh.-§. 79 Note 3 Rechnung getragen. Auf die Gründe der früheren Meinung, der sich Förster, preuß. Privatrecht Bd. 3, §. 211 angeschlossen hat, ist nicht näher eingegangen, obwohl diese schwer wiegend genug sind, denn von einem der gemeinschaftlichen Masse zuwachsenden Mehrerlös kann doch füglich erst nach Befriedigung aller Real-Ansprüche die Rede sein, und der Vater wird doch auch ebensowenig durch die Eintragung des Reservates an der Verfügung über das Grundstück gehindert.

Das Urtheil des III. Sen. v. 26. Juni 1872 (S. 239) nimmt an:
1. daß die Gewerkschaft nach dem A. L.-R. keine juristische Person ist,
2. daß nach den Vorschriften des A. L.-R. und nach dem allgem. Berggesetze v. 24. Juni 1865 der Entschädigungs-Anspruch des Grundeigenthümers (für den im Betrieb des Bergbaues entstandenen Schaden) keine dingliche Natur hat.

Der erste Satz wiederholt nur die in der Doktrin und Praxis feststehende communis opinio (s. die Anführungen S. 243). Hinsichtlich des zweiten wird in den Motiven bemerkt: „Die Bedingungen, unter denen nach dem A. L.-R. Th. I. Tit. 2. §§. 135. 136 ein dingliches Recht entsteht, liegen nicht vor. Kläger kann nicht einmal als Berggläubiger gelten. Nachdem §. 249 des Berggesetzes die besonderen Vorschriften über die Theilnahmerechte der Berggläubiger bei der Vertheilung der Kaufgelder und Revenüen von Bergwerken im Concurse und in der nothwendigen Subhastation aufgehoben hat, läßt sich von Berggläubigern und Grubenschulden im Sinne des §. 343. Tit. 16. Th. II. A.-L.-R. nicht mehr reden.... Wäre dieser Anspruch des Grundeigenthümers auf Entschädigung aber auch eine Grubenschuld, so folgt daraus nichts für die Dinglichkeit und deren Verfolgbarkeit gegen jeden Besitzer des Bergwerks, denn die Berggläubiger hatten als solche nur ein Separationsrecht wie andere Separatisten — d. h. das Recht, aus dem Bergeigenthum mit Ausschluß der andern Gläubiger des Schuldners befriedigt zu werden. Ein dingliches Recht hatten sie nur, soweit dies aus andern Gründen folgte."

Das Präjudicat des IV. Sen. v. 18. Juni 1872 (S. 249):

das Judikat, welches ein Miterbe in Verfolgung seines Individualrechtes gegen einen Nachlaßschulder erlangt, ist nicht auch als für die übrigen Miterben erstritten anzusehen,

wird zwar deshalb gebilligt werden müssen, weil der allein zur Verfolgung seines Interesse auftretende Miterbe niemals als Stellvertreter der übrigen kraft Gesetzes betrachtet werden kann, zeigt aber andererseits das Bedenkliche und Unbefriedigende der in der Praxis als Nothbehelf gegen die beengenden Vorschriften des A. L.-R. aufgestellten Theorie.

Begründet erscheint ferner die Annahme des IV. Sen. v. 27. Juni 1872 (S. 253):

daß ein nur einwandweise aufgestellter, aber aus materiellen Gründen verworfener Compensations-Anspruch nicht im Wege der Klage von Neuem geltend gemacht werden kann,

denn damit ist materiell über den Anspruch, welchen die Parteien zur Entscheidung des Richters gestellt haben, erkannt. Gleichgültig ist es, wenn darüber nichts im Tenor ausgesprochen worden, denn dieser giebt in einem solchen Falle nur das Schlußresultat, und dieses muß aus den Gründen näher präcisirt werden.

Sehr ausführlich motivirt, namentlich unter Bezugnahme auf die Doktrin und Praxis des neuvorpommerschen Rechtes ist die Entscheidung des I. Senates v. 8. Juni 1872 (S. 258):

daß nach gemeinem Rechte die Verurtheilung eines Ehegatten zu einer nur zeitlichen Zuchthausstrafe nicht schlechthin als Ehescheidungsgrund zu verwerfen ist.

Die Frage ist freilich kontrovers, eine nähere Besprechung derselben würde aber hier zu weit führen, nur das mag bemerkt werden, daß der Ansicht des Ober-Tribunals beizustimmen sein dürfte.

Blos hinweisen will ich ferner auf das das französische Recht betreffende Urtheil des IV. Sen. v. 13. Juni 1872 (S. 284), mit der Ueberschrift:

Ueberträgt dem abgetretenen Schuldner gegenüber die nicht notificirte Cession das Eigenthum an der abgetretenen Forderung ungeachtet des später erklärten Erlasses derselben?

Sehr klar und glücklich gewählt ist diese Fassung nicht, vielmehr hätte gesagt werden müssen, daß auch nach französischem Recht die Vornahme der Cession die Forderung sofort auf den Cessionar überträgt, daß aber dem Cessus gegenüber der Cedent zu allen Rechtsakten, also auch zum Erlaß legitimirt bleibt, so lange die Signifikation oder Denunciation nicht an den erstern erfolgt ist.

Daß ein zwischen dem Vater und seinem unter väterlicher Gewalt stehenden minderjährigen Sohne geschlossener, nach erreichter Großjährigkeit von dem Sohne nicht ausdrücklich anerkannter lästiger Vertrag nicht für gültig zu erachten, so III. Sen. 21. Juni 1872, S. 294,

unterliegt mit Rücksicht auf §. 22, Tit. 4; §§. 11. 37, Tit. 5, Th. I. und §. 125, Tit. 2, Th. II. A. L.-R. keinem Bedenken, ebensowenig,

daß es zur Gültigkeit eines von einer minderjährigen, nicht bevormundeten Ehefrau unter dem Beitritte ihres Ehemannes und ihres Vaters mit einem Dritten über ein ihr gehöriges Grundstück abgeschlossenen Kaufvertrages der obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf, III. Sen. 15. Juli 1872, S. 297. (vgl. A. L.-R. Th. II. Tit. 2, §§. 168—170, 171, 227, 229).

Auch darin dürfte dem Ober-Tribunal beizutreten sein,

daß wenn ein Grundstück mehreren Miteigenthümern, jedem zu einem bestimmten Antheile gehört, und diese Miteigenthümer eine auf dem ganzen Grundstücke haftende Hypothekenforderung gemeinschaftlich bezahlen, ohne Cession erhalten zu haben, sie diese Hypothekenforderung nur zu den bestimmten Antheilen erwerben,

insoweit ein jeder sie als eine auf seinem Grundstücksantheile haftende bezahlt hat (III. Sen. v. 12. Juli 1872).

Das S. 311 folgende Urtheil des II. Senates vom 5. September 1872 trägt die Ueberschrift:

Ist bei Veranlagung der Gemeinde-Einkommensteuer der Beamten nach Vorschrift des §. 2 des Gesetzes vom 11. Juli 1822 *) in dem Falle, wo der Steuersatz nach gewissen Klassen wächst und der Beamte außer seinem Diensteinkommen Privatvermögen besitzt, die jährliche Einnahme aus dem letzteren abgesondert zu besteuern oder der steuerpflichtigen Hälfte des Diensteinkommens zuzurechnen?

Die Motive verweisen zum Theil auf eine frühere Entscheidung desselben Senates vom 7. März 1872 (Entscheidungen Bd. 66, S. 339) und es muß deshalb auf diese mit eingegangen werden. In derselben ist ausgesprochen,

daß die Vorschrift des §. 2 a. a. O. dahin zu verstehen ist, daß bei Veranlagung der Gemeinde-Einkommensteuer die eine Hälfte des Diensteinkommens von der Steuer freigelassen und die andere steuerpflichtige Hälfte so behandelt (besteuert) werden soll, wie das Einkommen anderer steuerpflichtiger, und daß nicht in dem Falle, wo der Steuersatz nach gewissen Klassen wächst, und ein Theil des Einkommens von der Steuer befreit ist, die Classe des Steuersatzes, wie bei den übrigen Einwohnern nach dem ganzen Diensteinkommen zu bemessen, und das danach sich ergebende Steuerquantum von dem Diensteinkommen zur Hälfte in Ansatz zu bringen ist.

In den Gründen dieses Urtheils, in welchem constatirt wird, daß die Verwaltungsbehörden bis zum J. 1869 die vom Ober-Tribunal sanktionirte Ansicht vertreten haben (vgl. die Ministerial-Rescripte v. 5. November 1822, v. Kamptz, Annalen Bd. 6, S. 909 u. v. 11. Mai 1854, Min.-Bl. der innern Verwaltung 1854, S. 111), wird hervorgehoben, daß die verworfene Meinung deshalb unhaltbar sei, weil nach derselben nicht blos das halbe Diensteinkommen, sondern zum Theil der ganze Betrag in Rechnung gestellt werde. Denn es werde bei dieser Auslegung des §. 2 erst das ganze Diensteinkommen zum Ansatze gebracht, und wenn nach diesem der Prozentsatz (oder was dasselbe bedeute) die Classe festgestellt sei, die danach auf das Ganze fallende Quote halbirt. Eine solche Prozedur widerspreche aber der ungezwungenen und natürlichen Auslegung des Gesetzes. Mit Bezug auf diese Ausführung ist in dem nunmehr ergangenen Erkenntnisse die oben mitgetheilte Frage im Sinne der zweiten Alternative entschieden, weil die steuerpflichtige Hälfte des Beamtengehaltes wie anderweites Einkommen, das seinem ganzen

*) „Das Diensteinkommen soll bei einer solchen Beschatzung fortan im Uebrigen zwar wie das Einkommen der Bürger behandelt, darf aber, weil es einerseits seinem ganzen Dasein nach von dem Leben, der Gesundheit und anderen zufälligen Verhältnissen der Person abhängig und andererseits seinem ganzen Betrage nach bestimmt ist, und dadurch auf der einen Seite gegen Grund- und Kapital-Einkommen und auf der andern gegen Gewerbe-Einkommen im Nachtheile steht, immer nur mit einem Theile seines Betrages zur Quotisirung gebracht werden, welcher hierdurch auf die Hälfte bestimmt wird."

Betrage nach in Rechnung gezogen werden könne, zu behandeln, also beides zusammen zu rechnen und nach dem geltenden Prozentsatze zu besteuern sei.

In dem Präjudicate v. 15. Juli 1872 (S. 314) hat der I. Senat v. 15. Juli 1872 (S. 314) angenommen,

daß der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache einer Klage entgegensteht, in welcher, nachdem die für ein außereheliches Kind von dessen natürlichem Vater geforderten Alimentensätze rechtskräftig zuerkannt worden sind, von demselben die Zahlung höherer Alimente bloß aus dem Grunde verlangt wird, weil die früher geforderten Alimente zur Unterhaltung des Kindes unzureichend seien.

Der Gerichtshof stützt sich darauf, daß in einem solchen Falle in dem früheren Alimentenprocesse über den ganzen Anspruch erkannt und eben damit der Betrag der Alimente ein für alle Mal festgesetzt werde. Auf die Ansicht von (Koch, Preuß. Privatrecht, 3. Aufl. Bd. 2, S. 263) daß die Entscheidung in Betreff der Höhe der Alimente nur die Natur eines Dekretes habe, also nicht der Rechtskraft fähig sei, ist nicht eingegangen. In der That hat diese keinen positiven gesetzlichen Anhalt, ebensowenig läßt sie sich aus der Natur der Alimente rechtfertigen. Denn diese können immer in Geld abgeschätzt werden, und kommt es zu einer solchen im Prozesse, so muß diese auch wie jede andere als ein für alle Mal maßgebend anerkannt werden.

Ebenso wird man der Entscheidung des III. Sen. v. 13. September 1872 (S. 321) beistimmen müssen,

daß das Bundesgesetz vom 14. November 1867 den Satz, daß neben einer für den Fall der Verzögerung der Capitalszahlung bedungenen Conventionalstrafe nicht noch Verzugszinsen vom Capitale gefordert werden können, nicht beeinflußt hat.

Das Gesetz hat zwar die Beschränkungen für die Vereinbarung von Conventionalstrafen beseitigt, nicht aber den gesetzlichen Begriff der Conventionalstrafe, welche nach preußischem Recht das im Voraus vertragsmäßig angeschlagene Interesse ist.

Das Präjudicat des I. Sen. v. 3. März 1871 (S. 327),

daß die Klage auf Anerkennung der Nichtstempelpflichtigkeit bei Verlust des Klagerechtes innerhalb der vom Strafrichter festgesetzten Frist angestellt werden muß,

rechtfertigt sich durch den §. 14 des Gesetzes, betr. die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861.

Auch das Erkenntniß des II. Sen. v. 19. März 1872 (S. 337),

daß die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Appellation gegen ein in einer Grenzregulirungssache ergangenes Erkenntniß erster Instanz von dem Betrage des Werthes des durch dasselbe abgesprochenen, resp. zuerkannten Streitstückes nicht abhängig ist,

kann mit Rücksicht auf die ausdrückliche, durch kein späteres Gesetz aufgehobene Vorschrift des §. 24, Tit. 42, Th. I. A. G.-O. keinem Bedenken unterliegen.

Die weitere Entscheidung des III. Sen. v. 12. April 1872 (S. 342) trägt die Ueberschrift:

Hängt die Rechtmäßigkeit eines Arrestes und die im §. 81 Tit.

21, Th. I. A. G.-O. ausgedrückte Wirkung desselben von der Art und Weise der Anlegung ab? Ist letztere auch maßgebend für die Folgen der Wissenschaft des Erwerbes einer mit Arrest belegten Sache von dem Arrestschlage im Sinne des §. 83 a. a. O.?

Die Beantwortung dieser Fragen ergibt sich aus dem Kern der Motive. „Allerdings setzt die im §. 81 dargestellte Wirkung des Arrestes voraus, daß derselbe auch in einer Art und Weise angelegt ist, welche als eine Verkümmerung der Verfügung des Arrestanten über den Gegenstand des Arrestes überhaupt angesehen werden kann. . . Allein, daß das gewählte Mittel den beabsichtigten Erfolg in dem gegebenen Falle wirklich gehabt, daß namentlich die Verkümmerung geeignet gewesen, jede derselben zuwiderlaufende Verfügung des Arrestanten über den Gegenstand des Arrestes unmöglich zu machen, daß auch nur von den zu Gebote stehenden Mitteln dasjenige gewählt worden, welches die erstrebte Sicherstellung am kräftigsten und vollkommensten gewährte, ist kein wesentliches Erforderniß eines rechtskräftigen wirksamen Arrestes. Dies ergiebt der §. 83 a. a. O. Derselbe knüpft an die im §. 81 festgestellte allgemeine Wirkung des Arrests zunächst die praktische Folge: „daß, wenn die mit Arrest belegte Sache von dem Eigenthümer oder Inhaber veräußert oder verpfändet wird, diese Handlung in Ansehung des Arrestanten null und nichtig ist und die Sache von dem, welcher sie eigenthums- oder pfandweise an sich gebracht hat, unentgeltlich zurückgefordert werden kann." Es läßt jedoch auch in diesem Falle dem Erwerber die Vortheile des redlichen Besitzes und des guten Glaubens zu Statten kommen. Denn „wenn nachgewiesen werden kann, daß er von dem Arrestschlage keine Wissenschaft gehabt habe, kann der Arrestant die Herausgabe nur gegen Vergütung des gezahlten Kaufgeldes oder Pfandschillings fordern und hat es sich selbst beizumessen, daß er nicht angetragen hat, die Sache in gerichtliche Verwahrung nehmen zu lassen." Letztere Vorschrift unterstellt ausdrücklich den Fall, daß ein weniger wirksames Verkümmerungsmittel als die gerichtliche Verwahrung bei Anlegung des Arrestes gewählt, daß dem Schuldner namentlich die Gewahrsame der mit Arrest belegten Sache und mit dieser die Möglichkeit eines Verkaufes oder einer Verpfändung derselben mit hinzugetretener Uebergabe gelassen worden ist. Ohne eine solche Möglichkeit läßt sich der nach dieser Vorschrift zu entscheidende Conflict zwischen Arrestleger und nachherigem Erwerber der Sache zu Eigenthum oder Pfand nicht denken. Die in dieser Vorschrift gemeinte Wissenschaft des letzteren betrifft hiernach das Factum, daß der Arrest angelegt worden war, bevor die verkümmerte Sache veräußert oder verpfändet wurde und kann nicht mit der Kenntniß von der Rechtmäßigkeit und Giltigkeit des Arrestes idenficirt werden."

Die Entscheidung des IV. Sen. v. 7. Mai 1872 (S. 353),

daß in einem auf das Gesetz v. 9. Mai 1855 gestützten Anfechtungs-Prozesse der Verklagte zu dem Einwande berechtigt ist, daß die gegen seinen Verkäufer rechtskräftig erstrittene und zur Execution stehende Forderung simulirt sei, um ihm sein wohlerworbenes Eigenthum mittels der Anfechtungsklage zu entziehen,

beschränkt den in dem Urtheil v. 25. Februar 1865 (Entscheid. Bd. 53 S. 361) ausgesprochenen Rechtssatz auf den Fall der Simulation, da

jetzt ausgeführt wird, daß der mit der Anfechtungsklage in Anspruch genommene Verklagte befugt ist, aus rein objectiven Rechtsgründen die von dem Kläger rechtskräftig erstrittene Forderung zu bestreiten, weil das betreffende Judicat seine eigene Rechtssphäre nicht berühre, vielmehr dasselbe zwischen dem Anfechtungskläger und dem Exequenden (und Veräußerer) ein unabänderliches Recht schaffe, welches ebenso wenig wie es von diesem letzteren, so auch von dem Anfechtungsbeklagten aus dem Rechte desselben in Frage gestellt werden könnte. Damit ist den gegen die frühere Entscheidung von mir erhobenen Einwendungen (s. Preuß. Anwaltszeitg. Jahrgg. 1866 S. 79) Rechnung getragen. Die Festhaltung der früheren Meinung für den Fall der Simulation stützt der Gerichtshof darauf, daß eine dahin gehende Einrede nicht das zwischen dem Kläger und dem Exequenden rechtskräftig festgestellte Schuldverhältniß berühre, und in dem über die Forderung geführten Prozesse gar nicht Gegenstand des Streites gewesen, ihr mithin nicht die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegengesetzt werden könne.

> Das Präjudicat des IV. Sen. v. 25. April 1872 (S. 358), daß wenn auf Grund einer rechtskräftig erstrittenen Wechselforderung eine frühere Handlung des zahlungsunfähigen Schuldners angefochten wird, in dem Anfechtungsprozesse nicht geltend gemacht werden kann, daß der Wechselforderung eine ältere, vor dem angefochtenen Rechtsgeschäfte entstanden, jedoch nicht executorischer Forderung zu Grunde liegt,

stützt sich darauf, daß unter der Voraussetzung, daß die Wechselforderung keine Novation enthalte, der ursprünglichen Forderung das Requisit der Vollstreckbarkeit fehle, der executivischen Wechselforderung aber das Erforderniß, daß sie vor der anzufechtenden Handlung entstanden ist.

Den Schluß bilden zwei die Handschriftenvergleichung betreffende Urtheile, das erste des

> IV. Sen. v. 11. Juni 1872 dahin gehend, daß es nicht zulässig ist, den Beweis der Aechtheit eines tertii comparationis durch Eideszuschiebung zu führen (S. 364).

Der höchste Gerichtshof legt den entscheidenden § 151 Tit. 10 Th. I. A.-G.-O.: „Es müssen andere Schriften, die unstreitig von des Ausstellers Hand sind, nämlich die entweder schon einmal von ihm gerichtlich recognoscirt worden oder gegenwärtig dafür recognoscirt werden oder die der Aussteller selbst in Gegenwart des Instruenten und der Rechtsbeistände zu schreiben angehalten wird, herbeigeschafft werden;" dahin aus, daß die einzelnen darin erwähnten Fälle der Feststellung der Aechtheit der Vergleichungsurkunde nicht bloße Beispiele seien, vielmehr den betreffenden Punkt exclusiv regeln. Und mit Recht, nur eine Urkunde, deren Aechtheit auf die angegebenen Weise festgestellt ist, gibt eine vollkommen sichere Unterlage für die comparatio literarum. Ferner kommt, was die Eideszuschiebung oder den Diffessionseid betrifft, in Betracht, daß der Gebrauch eines dieser Eide, um die Aechtheit der Vergleichungsurkunde darzuthun, grade dem Wesen der comparatio literarum als Beweismittel widerspricht. Der Beweisführer soll dadurch der Nothwendigkeit überhoben werden, das Resultat des Beweises von dem Eide seines Gegners abhängig zu machen. Wenn er aber der Gewissenhaftigkeit desselben in so weit vertraut, daß er dessen Eid über das als Unterlage der Verglei-

chung dienende Document erfordert, so hat er keinen berechtigten Grund, ihm die Ableistung des Diffessionseides über die Beweisurkunde selbst zu verwehren.

Das zweite, Urtheil des III. Sen. v. 6. September 1871 (S. 370) entscheidet die Frage:

Ist das bei der Vergleichung der Handschriften als Beweismittel für die Aechtheit einer Urkunde in der A. G.=O. Th. I. Tit. 10 §§. 149 a und b aufgestellte Erforderniß, daß die streitige Urkunde mehr als die Namensunterschrift von der Hand des angegebenen Ausstellers enthalten muß, auch für die zur Vergleichung vorzulegenden unstreitigen Schriften dahin maßgebend, daß unbedingt auch diese mehr als die Namensunterschrift von der Hand des Ausstellers enthalten müssen?

im verneinenden Sinne. Es wird ausgeführt: „Haben sie (die Sachverständigen) eine unstreitig ächte Namensschrift vor Augen und daneben ein angeblich von eben demselben ganz geschriebenes Schriftstück, so ist es der Character der Schrift in diesem ganzen Stücke, dessen Aechtheit sie nach der unstreitig ächten Namensschrift zu prüfen haben. Ihr kritisches Auge richtet sich auf dieses ganze Schriftstück. Solches kann nicht so leicht in täuschender Weise nachgemacht werden." Im Prinzip ist das richtig, nur wird freilich oft die Möglichkeit nicht vorliegen, nach einer bloßen Namensunterschrift die Züge und Buchstaben eines streitigen Schriftstückes zu prüfen.

---

## 3.

**Die Genossenschafts=Gesetzgebung in Deutschland.** Commentar zu dem Reichsgesetz über die privatrechtliche Stellung der Erwerb- und Wirthschaftsgenossenschaften unter Berücksichtigung des bayrischen Genossenschaftsgesetzes von Dr. **Hermann von Sicherer**, ord. öffentlicher Professor der Rechte der Ludwig-Maximilian-Universität zu München. Erlangen 1872. Palm u. Enke 8. 334 S.

Das Princip der Genossenschaft ist, wenn es auch in einer Richtung auf einer Uebertragung der den Handelsgesellschaften zu Grunde liegenden Rechtsidee beruht, doch im Wesentlichen ein vollkommen neues Problem der Rechtswissenschaft und der Gerichtspraxis: in ihm wird an bestimmte Voraussetzungen eine gewisse Rechtssubjectivität einer Association geknüpft — wie dies ähnlich bei Handelssocietäten der Fall ist — und davon ein dem Wesen des Rechtsstaats homogener wohlthätiger Einfluß auf die Lösung der sog. socialen Frage erwartet. Neben der Neuheit des ganzen Problems, ist gerade dieser letzte Punkt, dieses gesetzte Ziel der Genossenschafts=Gesetzgebung, ein Grund häufigen Mißverstehens oder Verkennens der jenen Gesetzen zu Grunde liegenden Tendenz und folglich auch Ursache einer unrichtigen oder gar unbewußt parteilichen Anwendung der einschlägigen Normen. Mit der vorgefaßten, geringschätzigen Meinung, mit welcher der Manchester=Bourgeois an der ganzen socialen Frage vorüber zu kommen glaubt, tritt gar Mancher — gerade auch ältere Mitglieder unserer Juristenwelt — der Genossenschaftsgesetzgebung gegenüber.

Andererseits sind aber auch Associationsenthusiasten nicht selten, welche die Genossenschaftsidee für ein unfehlbares Universalheilmittel aller socialen Schäden, für eine Panacee des Proletariats halten. Beides ist gleichmäßig von Uebel: dem Proletariat würde direct nur die Productivassociation unter die Arme greifen und gerade solche sind außerordentlich schwer zu gründen; die Consumptivassociationen halten den Kleincapitalisten auf dem Niveau des Capitals, unter welches er herabsinken würde ohne die Genossenschaft, und dadurch, durch Abwendung der Vergrößerung des Proletariats, tragen sie indirect ihren ganz erheblichen Theil dazu bei, die sociale Frage nicht allzu brennend werden zu lassen und in ihren verderblichen Wirkungen einzuschränken.

Das genannte Buch von Hermann von Sicherer hält sich von einer Unter- wie Ueberschätzung des genossenschaftlichen Princips gleichmäßig ferne und verfolgt den zuletzt angedeuteten mittleren Weg, den wir unbedingt für den richtigen halten. In dieser Beziehung ist von höchstem Interesse namentlich der erste Paragraph der Einleitung: „die Entwicklung des neueren Genossenschaftswesens in Deutschland", in welchem uns Ideen und Fingerzeige sichtlich wurden, welche wir selbst in Gierke's Werke vermissen. Ueberhaupt ist die Einleitung, welche mehr als ein Drittel des Sicherer'schen Buches umfaßt, um ihrer vortrefflichen überzeugenden Klarheit willen in hohem Grade dem Studium empfehlenswerth. In dem Streite, ob nur die Solidarhaft der Gesellschaftsmitglieder zu jener Rechtssubjectsstellung berechtigen soll, welcher sich z. B. die offene Handelsgesellschaft erfreut, tritt v. Sicherer entschieden auf die Seite der Gegner von Schulze-Delitzsch, und zwar mit vollem Rechte; seinen Argumenten für Freiheit der Associationsform auch der „privilegirten" Gesellschaften möchte ich noch folgende praktische Erwägung beifügen: Sind in einer Genossenschaft mit zahlreichen wenig bemittelten Genossen (z. B. Arbeitern) eine paar reiche Mitglieder (wie das in Creditvereinen sehr häufig vorkommt) durch Solidarhaft verbunden, so verlassen sich die Ersteren sämmtlich darauf, daß im Schiffsbruchsfalle die paar Reichen weitaus die Hauptsache zu zahlen hätten, während sie selbst nur mit einem sehr kleinen, vor der Hand gar nicht bemessenen Betrage nach dem Umlageverfahren zur Tragung der Schuld herangezogen würden — und der moralische Effect, den man gerade von der Solidarhaft erwartet, ist in diesem Falle gänzlich verschwunden. Ganz anders, wenn jeder Genosse von vornherein weiß, daß im Concurse der Gesellschaft ein fest bestimmter Betrag von Jedem verloren ist.

Darum halten wir auch die Bestimmungen des bayerischen Genossenschaftsgesetzes, in welchen dieses, zum Unterschied von dem norddeutschen Gesetze, „registrirte Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht" anerkennt und gewissermaßen „personificirt", und welche v. Sicherer im letzten Anhange bespricht, für vollkommen sachgemäß und gesetzgeberisch wohlbegründet.

Zwischen diesem Anhange und jener umfassenden Einleitung steht der den Paragraphen des Gesetzes folgende ausführliche Commentar desselben. Derselbe enthält Alles, was zum Verständniß des Gesetzes aus Präjudizien, Verhandlungen, Motiven, Vollzugsverordnungen und Lehrbüchern herangezogen werden kann, und verhehlt auch die dort und da auftauchenden Schwächen (vergl. z. B. §. 27 d. Ges.) des Gesetzes keines-

wegs. Wir freuen uns sehr, die Juristenwelt auf einen so gediegenen Commentar einer so wichtigen Gesetzgebungsbranche, wie die Genossenschaftsgesetzgebung sie ist, verweisen zu können. Grs.

---

## 4.

Ueber **internationales Wechselrecht** in Beziehung auf **Fristbestimmungen** insbesondere die **französischen Wechsel-Moratoriums-Gesetze und Decrete**, von **Dr. jur. Heinrich Fick**, ord. Prof. an der Universität in Zürich. Elberfeld 1872. Friedrichs 8. 123 S.

Französische Gesetze und Decrete haben bekanntlich während des Krieges von 1870 und 71 die Verfallzeit kaufmännischer Papiere bedeutend verlängert und die Protestaufnahmen um mehrere Monate aufgeschoben; deutsche und schweizerische Regreßpflichtige weigerten sich, Wechselprotesten, welche nach dem ordentlichen französischen, und nach dem deutschen bezw. schweizerischen Wechselrechte verspätet erscheinen mußten, welche aber jenen französischen Fristerstreckungen entsprachen, mit Zahlung zu folgen. Hieraus entspannen sich mehrere Prozesse, welche interessante Entscheidungen oberer Gerichte und gründliche Gutachten über die Frage zur Folge hatten:

> ob mit einem nach dem ordentlichen französischen Rechte verspäteten, aber den Vorschriften der Moratorien entsprechenden Proteste Mangels Zahlung an den im Auslande (Deutschland, Schweiz) wohnenden Indossanten Regreß genommen werden könne.

Prof. Fick verneinte in einem am 17. Februar 1871, im Centralorgan für Handels- und Wechselrecht, N. F. Bd. VII. S. 167 ff. abgedruckten Gutachten diese Frage, erklärte die Replik der „höheren Gewalt" sowohl nach schweizerischem einschlägigen als nach deutschem Rechte für unzulässig und hatte die Genugthuung, seine Anschauung in einem Erkenntniß des Leipziger Bundesoberhandelsgerichts (vom 21. Febr. 1871) vertreten zu finden.

Dieses Gutachten hat den Verfasser nun zu weiteren Erörterungen über den Einfluß der Wechselrechte auf einander in Bezug auf Zahlungs- oder Protestpflichten veranlaßt, Erörterungen, welche in der oben erwähnten Schrift niedergelegt sind. Er stellt das Grundprincip auf, daß über die Bedingungen, unter denen das Regreßrecht geltend gemacht werden kann, das Recht des *Ortes* entscheide, wo die den Regreß begründende *Wechselzeichnung* stattfand. Dies Princip erleidet Ausnahmen, so namentlich gegenüber obligatorischen Respectfristen und in gewissem Sinne auch bei Sicht- und Nachsichtwechseln (vergl. S. 30—38).

Die Statutencollision, deren Theorie durch Fick's Arbeit einen höchst lehrreichen, interessanten Beitrag erhielt, ist wohl nirgends öfter, leichter und schlimmer eine Interessencollision, als im Handelsverkehr, der ja die ganze Erde umfassend an kein Territorium und sein beschränktes Recht sich enge binden läßt; in der Nothwendigkeit und Wirklichkeit des internationalen Handelspapier- und insbesondere Wechselverkehrs liegt die an die Theorie und Praxis gerichtete Aufforderung, alle Differenzen der einschlägigen Normen möglichst schwinden zu lassen. Am weitesten geht in

dieser Beziehung der an den heurigen deutschen Juristentag gestellte Antrag des Wiener Hof- und Gerichtsadvocaten Dr. Jaques: der Juristentag spreche als seine Ueberzeugung aus: „Die Herstellung eines gemeinsamen Wechselrechts aller europäischen Staaten sowie der Vereinigten Staaten von Nordamerika entspricht dem heutigen Stande der Wissenschaft und ist ein Bedürfniß des internationalen Handelsverkehrs und Credits; der Juristentag beauftragt seine ständige Deputation, eine Denkschrift in diesem Sinne an die kaiserlichen Regierungen in Deutschland und Oesterreich zu dem Ende zu richten, damit durch die Initiative derselben die Einsetzung eines internationalen delegirten Congresses und die Durchführung der Codification des gemeinsamen Wechselrecht erzielt werden möge." Grs.

---

## 5.

**Handbuch des deutschen Strafrechts.** In Einzelbeiträgen von Geh. Ober-Postrath Dr. Dambach, Prof. Dr. Dochow, Prof. Dr. Engelmann, Prof. Dr. Geyer, Prof. Dr. Heinze, Prof. Dr. v. Holtzendorff, Prof. Dr. John, Prof. Dr. Lieman, Prof. Dr. Merkel, Staatsanwalt Meves, Kammergerichtsrath Schaper, General-Staatsanwalt Dr. Schwarze, Prof. Dr. Skrzeczka, Prof. Dr. Wahlberg, herausgegeben von Prof. Dr. v. Holtzendorff. Dritter Band (die Lehre von den Verbrechensarten). Erster Halbband. (Berlin, C. G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung — Carl Habel.)

Die Vereinigung einer Reihe tüchtiger, zum großen Theil bereits bewährter Kräfte zur Bearbeitung des neuen Strafrechts war ein sehr glücklicher Gedanke des Herausgebers. Dieselbe hat es möglich gemacht, in verhältnißmäßig kurzer Zeit für die Commentirung des Gesetzbuches Das zu leisten, was der einzelnen Kraft erst in Jahren hätte gelingen können. In den jetzt vollendeten Theilen des Werkes liegen eine Anzahl Monographien vor, welche für die Wissenschaft und für die Praxis gleich willkommen sind. Je weiter die Arbeiten vorrücken, desto mehr konnte schon auf die in der praktischen Anwendung des Strafgesetzbuchs hervorgetretenen Zweifelsfragen Rücksicht genommen werden und dieser Vorzug kommt besonders dem jetzt begonnenen speziellen Theile zu Statten. Der erste Halbband behandelt die ersten sieben Abschnitte (§§. 80—145) des zweiten Theils des Strafgesetzbuchs, die Verbrechen gegen den Staat, und ist bearbeitet von Herrn Ober-Appellations-Gerichtsrath Dr. Rich. Ed. John. Durch kritische Leistungen und eigene Arbeiten, insbesondere eine Monographie über die Theilnahme am Verbrechen und einen motivirten Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuche, der kriminalistischen Welt bekannt, vereinigt Dr. John als Mitglied eines höchsten Gerichtshofes und früherer Universitätslehrer die Anschauung des Praktikers mit denen der Wissenschaft. Er war daher zu der übernommenen Arbeit besonders berufen. Sein Kommentar schließt sich der Anordnung des Gesetzbuches selbst an und erörtert die Verbrechen gegen den Staat in

scharfen Begriffsbestimmungen und umsichtiger Prüfung der Detailfragen. Die Benutzung des Werkes wird für die Anwendung des Rechts einen reichen Gewinn bringen.

---

## 6.

Dr. C. **Lüder**, außerord. Prof. an der Universität zu Leipzig. **Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht.** (Leipzig, Serig'sche Buchhandlung — C. G. Hermann).

Das vorliegende Werkchen fügt dem Grundriß zu academischen Vorlesungen eine dem System des Verfassers sich anschließende Wiedergebung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich hinzu. Zu bedenken wäre, ob nicht einem System des Deutschen Strafrechts außer den im Strafgesetzbuche selbst vorgesehenen strafbaren Handlungen auch die in Specialgesetzen bedrohten Vergehen und Uebertretungen einzufügen sein möchten. So viel wir übersehen können, ist dies nur in Bezug auf den Nachdruck (im §. 85. des Grundrisses) geschehen, dagegen z. B. die Vergehen gegen die Steuergesetze nicht berührt. Die Auffassung, daß die Lehre von der Defraudation der Zölle und Steuern von der allgemeinen Strafrechtswissenschaft auszuschließen sei, dürfte der Berechtigung entbehren. — Die Literatur-Nachweisungen sind etwas dürftig ausgefallen und werden bei einer neuen Auflage manche Ergänzung finden müssen.

---

## 7.

**Die Festungshaft.** Ein Beitrag zur Geschichte des Deutschen Strafensystems und zur Erläuterung des Reichsstrafrechts, von **Karl Rich. Sonntag**, Prof. der Rechte in Heidelberg. (Leipzig und Heidelberg, — C. F. Winter'sche Verlagsbuchhandlung) 1872. 202 S. 8.

Das Werk behandelt in seinem historischen Theile den früheren Rechtszustand in Bezug auf das Strafensystem und zieht demnächst Parallelen mit dem gegenwärtigen Rechtszustande. Die Neuerungen des Reichsstrafgesetzbuchs erfahren eine scharfe und in vieler Beziehung gerechtfertigte Kritik. Die Erinnerungen des Verfassers werden bei der unvermeidlichen Revision des Strafrechts nicht übersehen werden können. Aber auch abgesehen von dieser Bedeutung des Werkes werden die scharfsinnigen Erörterungen von jedem Juristen mit Interesse gelesen werden.

---

# Bibliographie.

Stölzel, Ad., Kammergerichtsrath. Die Entwickelung des gelehrten Richterthums in deutschen Territorien. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung mit vorzugsweiser Berücksichtigung der Verhältnisse im Gebiete des ehem. Kurfürstenthums Hessen. Stuttgart. Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhdlg. 1872. 8. 1. Bd. XIV. u. 619. 2. Bd. (Anlagen. Register) 238. S.

Zitelmann, E. Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen. Von der Juristenfacultät in Leipzig gekrönte Preisschrift. Leipzig. Duncker & Humblot. 1873. 8. 120. (20 Sgr.)

Eingabe des Vereins der öffentlichen Anwälte zu Darmstadt an den deutschen Reichstag nebst Denkschrift, betr. einheitliche deutsche Civilrechtsgesetzgebung und d. dermalen im Großherzogthum Hessen, insbesondere in der Provinz Starkenburg geltenden Particularrechte. Darmstadt. 1873. Bergsträsser.

Archiv für practische Rechtswissenschaft v. Emminghaus u. A. Darmstadt und Leipzig. Ed. Zernin. N. F. Bd. 9. Heft 1. 1873. — Inhalt: Gerland. Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehes nach gemeinem und hessischem Recht. — Emminghaus, Beitrag zur Lehre vom Weiderecht. — Heinzerling. Die in den rechtsrheinischen Provinzen des Großh. Hessen bezügl. der Verbürgung der Frauen bestehende Gesetzgebung bedarf schleunigster Reform-Entscheidungen. — Literar. Umschau.

Fenner und Mecke. Civilrechtliche Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Preußens für die gemeinrechtlichen Bezirke des preußischen Staates zusammengestellt. Berlin. Weidmannsche Buchhdlg. 1873. IV. Jahrg. Heft 1.

Koch, C. F. Dr. Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten. Unter Andeutung der absoluten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen. 2. Theil. 2. Band. 2. Abth. Schluß des Werkes. 4. verm. Aufl. Berlin. 1872. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 378 S. gr. 8.

Achilles, A. Stadtrichter. Die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, herausg. mit Einl. u. Comm. in Anmerkungen. Zweite verm. und verb. Ausgabe. Berlin. J. Guttentag (D. Collin). 1873. 8. VIII u. 347 S.

Werner, F., Kreisgerichtsdirector. Die preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze v. 5. Mai 1872 nebst Ausführungs-Verfügungen. Mit Einleitung und Noten. Berlin. 1873. Kortkampf, Verlag der Reichsgesetze, Heft 11.

Scheele, J., Grundbuchführer b. Kgl. Kreisgericht zu Wittenberg. Der Grundbuchführer. Leitfaden zum praktischen Gebrauche. Berlin. 1873. Kortkampf. kl. 8. 87.

Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals gelangt sind. Herausgeg. u. redigirt v. Striethorst. 3. Folge. 4. Jahrgang. 1. Band. Des Ganzen 84. 85. Bd. Berlin. Guttentag (D. Collin). 1873. 8. 394.

Digitized by Google

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, in bes. Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. N. F. Zweiter Jahrg. Heft 1 u. 2. — Inhalt: Gruchot. Zur Lehre von der Nomination, über § 218 II. 2 A. L.-R., zur Lehre von der Eidesleistung in Processen über cedirte Forderungen. — Davidsohn. Zu Art. 3 der Reichsverfassung. — Geltendmachung eines Einwands im Separatverfahren, welcher im Wechselproceß wegen Ableistung des darüber deferirten Eides verworfen worden. — Schultze. Ansprüche des Adjudicatars aus der devastatorischen Verwaltung des Subhastaten. — Kayser. Wandelungsklage beim Kauf. — Hassenstein. Erlischt eine Correalhypothek, welche bei der Subhastation eines der verhafteten Grundstücke blos durch Anweisung auf die Kaufgelder zur Hebung gelangt, auch auf den mitverhafteten Grundstücken? — Wallach. Muß im Geltungsbereich der Allg. Ger.-Ordn. der Wechselgläubiger bei Nachsuchung der Mobiliar-Wechselexecution den Originalwechsel zu den Gerichtsakten übergeben? — Brettner. Unterschiede der Grundschuld und der Hypothek. — Wandersleben. Ueber § 218. II. 2. A. L.-R. — Möller. Die vorbereitenden Schriftsätze im Civilproceß. — Heimlich. Zu § 47 der Gr.-B.-O. — Rechtsfälle. — Literatur.

Puchelt, Dr. E. S., Reichs-Oberhandelsger.-R. Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts. Leipzig, 1872. Roßberg'sche Buchhdlg. 8. 1—4. Lieferung.

Wiener, H., Justizr. Zur Reform der Actiengesetzgebung. Theilweiser Abdruck eines vom Ausschuß der Eisenacher volkswirthschaftlichen Conferenz erforderten Gutachtens. Berlin. Louis Gerschel. 1873. 42 S. 8.

Keyßner, H., Stadtgerichtsrath. Bilanz, Erneuerungsfonds, Reservefonds der Actiengesellschaften, Bauzinsen und Gewinnvertheilung. Eine handelsrechtliche Besprechung. 8. 1873. Berlin. F. Dümmler (Harrwitz und Goßmann). 26.

Jannasch, R. Der Musterschutz und die Gewerbepolitik des Deutschen Reiches. Gekrönte Preisschrift. Berlin. Lüderitz. 1873. 51 S. 8.

Jannasch, R. Der Markenschutz und die Gewerbepolitik des Deutschen Reiches. Gekrönte Preisschrift. Berlin. Lüderitz. 1873. 56 S. 8.

(Beides aus den deutschen Zeit- und Streitfragen entnommen.)

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes. VI. Bd. 5. Heft. VII. Bd. Heft 1 u. 2. Erlangen. F. Enke. 8.

Stegemann. Die Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichts zu Leipzig. Bd. 6. Heft 1. Berlin. J. Guttentag (D. Collin). 1873.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts, sowie von wichtigen Entscheidungen der drei bayer. Appellgerichte. Unter Aufsicht und Leitung des k. bayrischen Justizministeriums herausgeg. I. Bd. 3. Heft. Erlangen. Palm u. Enke. 1873.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Herausgeg. von Goldschmidt, Laband und Malß. Bd. 18. Heft 1 und 2. Inhalt: Römer. Rechtliches Verhältniß der Haftung des Betriebsunternehmers aus dem Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 zu der Haftung des an der Tödtung und Körperverletzung Schuldigen nach Gemeinem Recht und die actio de recepto. — de Fontenay. Die Wechselforderung hat ihren Grund in einem Vertrage. — Cohn. Entspricht es der Natur der Versicherungsgeschäfte, die Höhe der Versicherungssumme lediglich der freien Vereinbarung der Contrahenten zu überlassen? — Rechtsquellen. — Rechtssprüche. — Literatur.

Hartmann, W., Obertrib.-Rath. Central-Organ für das deutsche Handels- und Wechselrecht. N. F. 9. Bd. 11. Heft. Elberfeld. 1873. Friderichs. Inhalt: Meier, Totalverlust in See-Assecuranzfällen im Fall der Zerstörung des Schiffes durch Feuerladeschein des Frachtführers; Voraussetzungen der Provisions-Forderungen der Agenten. Ladenburg. Papiergeld. Keyßner. Con-

cursfall eines Handelsgesellschafters als Ausschließungsgrund. Rechtsfälle und gerichtliche Entscheidungen. Literarische Anzeigen.

Busch. Archiv für Theorie und Praxis des allg. d. Handels- u. Wechselrechts. N. F. 2. Bd. H. 1 und 2. Leipzig. Arnoldi. 1873. Inhalt: Handelsrechtliche Entscheidungen.

Handbuch des deutschen Strafrechts. In Einzelbeiträgen von Geheim.-Ober-Postrath Dr. Dambach, Prof. Dr. Dochow, Prof. Dr. Engelmann, Prof. Dr. Geyer, Prof. Dr. Heinze, Prof. Dr. v. Holtzendorff, Prof. Dr. John, Prof. Dr. Liman, Prof. Dr. Meckel, Staats-Anwalt Meves, Kammergerichtsrath Schaper, General-Staats-Anwalt Dr. Schwarze, Prof. Dr. Skrzeczka, Prof. Dr. Wahlberg, herausgegeben von Dr. Fr. v. Holtzendorff. III. Bd. Die Lehre von den Verbrechensarten. 1. Halbband. Berlin. 1872. Lüderitz'sche Verlagsbuchhdlg. Carl Habel. 8. 212.

Fuchs, Dr. C., Staatsanwalt. Anklage und Antragsdelicte. Eine criminalistische Studie. Breslau. 1873. W. G. Korn. 8. IV. und 204.

Entwurf einer deutschen Strafproceß-Ordnung. Nebst Motiven und Anlagen zu den Motiven. Berlin im Januar 1873. (Aus dem Reichskanzleramt.)

Denkschrift über die Schöffengerichte. Ausgearbeitet im königl. preuß. Justiz-Ministerium. Berlin. 1873. Verl. der königl. Geh. Ober-Hofbuchdruckerei. 46 S.

Goldtammer. Archiv für gemeines deutsches und für preuß. Strafrecht. Fortgesetzt von C. Hahn, Ob.-Trib.-Rath, Bd. 21. H. 1 u. 2. Berlin. Geh. Ob.-Hofbuchdruckerei. 1873. Inhalt: Schwarze, Schütze. Studien zum Str.-G.-B. — Franke. Grenzen zwischen der Strafgewalt der einzelnen deutschen Bundesstaaten. — Ortloff. Erörterungen aus dem Gebiet des Reichsstrafrechts. —

Primo congresso giucidico italiano in Roma. Relazione sulla tesi V. Esercizio della professione d'avvocato e procuratore e tariffe giudiziarie. Relatore: Norsa. Roma, Stabilimento civelli. 1872. 8. 109.

Held, J. v., Dr. der Philosophie und beider Rechte rc. Die Verfassung des Deutschen Reiches vom staatsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet. Ein Beitrag zu deren Kritik. Nebst einem Anhange, die Verfassung des Deutschen Reichs und die Verträge mit den süddeutschen Staaten enthaltend. Leipzig. F. A. Brockhaus. 1872. 8. XII. u. 283.

Winter, A. Der Bundesrath und die Reichsoberhaus-Frage. Tübingen. 1872. Laupp'sche Buchhdlg. 8. 149.

Russell, Lord. J. Geschichte der englischen Regierung und Verfassung von Heinrichs VII. Regierung bis auf die Gegenwart. Nach der 4. Aufl. übers. von Dr. C. Lanz. Freiburg i. Br. 1872. Scheuble. 1872. 8. 324.

Gödiker, T. Die Communal-Besteuerung (Local-Taxation) in England und Wales. Berlin. 1873. Fr. Kortkampf. 8. 76.

Pierantoni, A. Geschichte der italienischen Völkerrechts-Literatur, übersetzt von Dr. L. Roncali. Wien. 1872. Verlag der G. J. Manz'schen Buchhdlg. XLV. und 303. 8.

Bezold, E., Dr. Materialien der deutschen Reichs-Verfassung. Sammlung sämmtlicher auf die Reichsverfassung, ihre Entstehung und Geltung bezüglichen Urkunden und Verhandlungen, einschließlich insbesondere derjenigen des constituirenden Norddeutschen Reichstages 1867. Auf Veranlassung und Plangebung des Dr. Fr. v. Holtzendorff herausgegeben. Bd. I. Berlin. 1873. Lüderitz'sche Verlagsbuchhdlg. Carl Habel. 8. XII. und 774.

Deutsche Reichsgesetze mit Erläuterungen. Bd. 21. Kortkampf'sche Ausgabe. Gesetze und Verordnungen, betr. den Gast- und Schankwirthschafts-Betrieb im Deutschen Reiche. Nach amtl. Quellen bearb. v. H. Herrfurth. Berlin 1872. 8. 168. Bd. 24. d. Ausgabe von Banknoten und von Papiergeld u. d. Inhaber-Papiere mit Prämien. Gesetze vom 27. März, u. 16. Juni 1870 u. v.

8. Juni 1871. Durch Anmerkungen erläutert v. einem praktischen Juristen. Berlin. 1872. 8. 46.

Preußische Gesetze. Text mit Anmerkungen. Heft 10. Kortkampf'sche Ausgabe. **Vergütung an Medicinal-Beamte** für Besorgung gerichtsärztlicher, medicinal- oder sanitätspolizeilicher Geschäfte. Gesetz v. 9. März 1872. Nach amtl. Quellen und mit Anmerkungen bearbeitet von Dr. C. **Liman**. Berlin. 1872. kl. 8. 24.

**Archiv des Norddeutschen Bundes** u. des **Zollvereins**. Jahrbuch für Staats-Verwaltungsrecht und Diplomatie des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins. Mit Beilagen, enth. Verfassungen und Gesetze anderer Staaten. Herausgegeben von Dr. A. **Koller**. IV. Bd. Heft 8. Berlin. 1872. Fr. Kortkampf.

Preußische Gesetze. Text, Heft 12. Kortkampf'sche Ausgabe. **Allgemeine Bestimmungen des** königl. preuß. Ministers der geistlichen, Unterrichts- und Medicinal-Angelegenheiten v. 15. October 1872. **Betreffend das Volksschul-Präparanden- u. Seminar-Wesen**. Berlin. 1873. kl. 8. 58.



Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin:

# Kritik
der
## Prinzipien des Entwurfs
einer
# Deutschen Strafprozeßordnung
vom Januar 1873.

Von
**Dr. L. von Bar,**
o. ö. Professor an der Universität in Breslau.

1873. gr. 8°. 58 Seiten 10 Sgr.

---

# Kreis-Ordnung
für die Provinzen
## Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien und Sachsen.
Vom 13. Dezember 1872.

Aus den Regierungs-Motiven, den Verhandlungen des Landtags und den älteren Gesetzen erläutert

von
**Oskar Hahn,**
Königl. Landrath, Mitglied des Abgeordnetenhauses.

1873. gr. 8°. 30 Bogen. 2 Thlr.

**Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin.**

Soeben erschien die zweite, vermehrte Ausgabe der

**Preußischen Gesetze**

über

# Grundeigenthum und Hypothekenrecht

vom 5. Mai 1872

herausgegeben

**mit Kommentar in Anmerkungen**

von

**Alex. Achilles,**

Stadtrichter in Berlin.

gr. 8°. VIII. und 348 Seiten. 2 Thlr.

In der Einleitung, welche der Herausgeber den am 1. Oktober 1872 in dem größten Theile Preußens in Kraft getretenen Gesetzen vorausgeschickt hat, ist die Entstehungsgeschichte der letzteren und die ächt germanische Auffassung, von welcher der Gesetzgeber sich hat leiten lassen, in kurzen Umrissen geschildert. Der Kommentar enthält historische, kritische und erläuternde Bemerkungen. Hauptsächlich aber hat der Herausgeber sich bemüht, das Verhältniß der neuen Gesetze zu dem bisherigen Recht klar zu legen, namentlich die Aenderungen der bestehenden Vorschriften hervorzuheben. Dabei ist überall das Wissenswerthe aus den Motiven der Staatsregierung und den Verhandlungen des Landtags mitgetheilt, auch den noch praktischen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes in der hier fraglichen Materie die gebührende Beachtung gezollt. — Ein Sachregister erleichtert den Gebrauch.

---

**Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung in Tübingen.**

**Soeben** erschien:

Das

# gesellschaftliche System der menschlichen Wirthschaft.

Ein Lehr- und Handbuch

**der ganzen politischen Oekonomie**

einschließlich der Volkswirthschaftspolitik und Staatswirthschaft

von

**Dr. Albert Eberhard Friedrich Schäffle,**

gewesenem k. k. österreichischem Handelsminister.

**Dritte durchaus neu bearbeitete und bedeutend vermehrte Auflage.**

**In zwei Bänden.**

59 Bogen gr. 8. Rthlr. 4. 15 Ngr. — fl. 7. 48 kr.

---

Buchdruckerei der Berliner Bürger-Zeitung, (D. Collin) Berlin.

# Abhandlungen.

## VI.

## Der höchste Reichsgerichtshof als Oberrevisionsgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Ein Beitrag zur Beurtheilung des Entwurfes einer deutschen Civilprozeßordnung.

Von Herrn Oberappellationsrath Dr. Richard Ed. John in Lübeck.

Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung (Berlin, 1872) enthält über die Zuläßigkeit der Oberrevision, und damit auch über die Kompetenz des höchsten Gerichtshofes folgende Vorschriften:

1. Die Oberrevision findet gegen die in der Revisionsinstanz erlassenen Endurtheile statt, soweit durch dieselben ein Urtheil erster Instanz aufgehoben oder die Revision als unzuläßig verworfen ist (§. 497. Oberrevision gegen duae conformes ist unzuläßig).
2. Die Oberrevision kann auf eine Verletzung des Gesetzes nur dann gestützt werden, wenn entweder ein Reichsgesetz oder eine Rechtsnorm, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Revisionsgerichtes hinaus erstreckt, nicht oder nicht richtig angewendet ist. (§. 498 Abs. 2. In den weiteren Bestimmungen des §. 498 hat die hier mitgetheilte Vorschrift ihre nähere Ausführung gefunden.)

Für die nachfolgenden Erörterungen wird es sich empfehlen, zunächst die Vorschrift des §. 498 und sodann die des §. 497 in Betracht zu ziehen.

### I.

### Die Vorschrift des §. 498.

Die „Begründung“ des Entwurfes einer deutschen Civilprozeßordnung“ sagt S. 53 Folgendes:

„Der rechtfertigende Grund für die Eröffnung einer dritten Instanz

vor einem obersten Gerichtshofe wurde in dem Bedürfnisse nach Einheit des Rechtes und der Rechtspflege gefunden. Dieser Gedanke kann gar nicht zur Geltung kommen, wenn es sich um Rechtsnormen handelt, deren Geltungsbereich entweder mit den Bezirksgrenzen des Revisionsgerichtes zusammenfällt oder innerhalb dieser Grenzen liegt. Die Einheit dieser Rechtsnormen kann das Revisionsgericht eben so gut und besser wahren als ein oberster Gerichtshof."

Und an einer andern Stelle S. 54 findet sich die Bemerkung: „Werden Revisionsgerichtsbezirke von einer Größe gebildet, welche das Prozeßverfahren zuläßt, so wird schon von vorn herein ein oberster deutscher Gerichtshof grundsätzlich als ein Gerichtshof für das Recht des deutschen Reiches angesehen werden können. Freilich wird einstweilen das gemeine Civilrecht, das Civilrecht des Allgemeinen Landrechtes und des rheinischen Gesetzbuches den Gegenstand der Kognition des obersten Gerichtshofes bilden, allein voraussichtlich wird dieser Rechtsstoff sich allmälig mindern und schließlich durch ein allgemeines deutsches Civilgesetzbuch ersetzt werden. Dann wird der oberste Gerichtshof nicht allein grundsätzlich, sondern auch faktisch ein Gerichtshof für das deutsche Reichsrecht sein."

Hiernach hätte sich die Gesetzgebung die Sache so gedacht, daß der höchste deutsche Gerichtshof zunächst über Fragen des gemeinen Civilrechtes, des Civilrechtes des Allgem. Landrechtes und des französischen Rechtes entscheiden solle. Nehmen wir an, daß hiermit dem höchsten Gerichtshofe für irgend einen beliebig anzunehmenden Normaltag eine bestimmte Wirkungssphäre angewiesen sei. Nun wird aber, wie die „Begründung" sagt, dieser „Rechtsstoff sich allmälig mindern und schließlich durch ein allgemeines deutsches Civilgesetzbuch ersetzt werden." Der Abschluß der Entwickelung ist sonach klar; nicht in gleicher Weise die Verhältnisse, welche sich in der Zeit von jenem Normaltage an bis zur Publikation des deutschen Civilgesetzbuches herausstellen werden. Denn nach Einsetzung des höchsten Gerichtshofes kann sich der demselben zugewiesene Rechtsstoff (Gemeines Recht, Preußisches Civilrecht, Französisches Recht) in zwiefacher Weise vermindern. Einmal dadurch, daß die Reichsgesetzgebung Rechtsmaterien, welche zur Zeit dem gemeinen deutschen, preußischen und französischen Civilrecht angehören, ihrer Regelung unterzieht, sodann aber auch dadurch,

daß das Gleiche durch die Partikulargesetzgebung geschieht. Im erstern Falle wird der Wirkungskreis des höchsten Reichsgerichtes nicht geschmälert werden; es gelangen an diesen Gerichtshof die gleichen Kategorien von Streitsachen wie vorher; nur daß die Sachen nicht mehr nach gemeinem deutschen, respective preußischem oder französischem Rechte, sondern nach Reichsrecht abgeurtheilt werden. Im andern Falle dagegen wird das Resultat ein verschiedenartiges sein. Wird nämlich die Partikulargesetzgebung in einem Staate thätig, für welchen mehr als ein Revisionsgericht eingesetzt ist, so verbleibt auch dieses Partikulargesetz demjenigen Rechtsstoffe, in Betreff dessen der höchste Gerichtshof competent geworden ist. Wenn dagegen ein Staat, für welchen nur ein Revisionsgericht existirt, oder ein solcher, der nur einen größern oder kleinern Theil eines Revisionsgerichtsbezirkes ausmacht, durch seine Gesetze, z. B. Materien des gemeinen Rechtes neu ordnet, so würde hierdurch die Kompetenz des höchsten Reichsgerichtes geschmälert werden. Denn die durch die Partikulargesetzgebung geschaffenen Rechtsnormen würden zu denjenigen zu rechnen sein, deren Geltungsbereich (§. 498)[1]) sich über den Bezirk des Revisionsgerichtes hinaus nicht erstreckt.

Man wird die Frage aufstellen dürfen, ob es denn wirklich die Absicht der Reichsgesetzgebung sein könne, einen höchsten Gerichtshof für das deutsche Reich zu errichten, und den Wirkungskreis dieses Gerichtshofes — bis zu dem Tage, an welchem das deutsche bürgerliche Gesetzbuch publizirt sein wird — davon abhängig zu machen, wie oft oder wie selten die einzelnen deutschen Staaten von ihrer Befugniß, Gegenstände des bürgerlichen Rechtes gesetzlich zu regeln, Gebrauch machen werden? Ein höchster deutscher Gerichtshof sollte eingesetzt werden zur Wahrung der Einheit des deutschen Rechtes und damit auch zur Wahrung der Einheit des deutschen Reiches und die Wirksamkeit dieses Gerichtshofes sollte seinem Inhalte und Umfange nach abhängig gemacht werden von dem größeren oder geringeren Gesetzgebungsbedürfnisse der einzelnen Partikularstaaten und zwar so lange, bis das allgemeine deutsche bürgerliche Gesetzbuch die sichere Grundlage der Wirksamkeit gewährt? Und will man einen solchen Widerspruch etwa damit rechtfertigen, daß man sagt, dies müsse nun schon einmal mit in den

[1]) Die Begründung erwartet neben „der rüstig fortschreitenden Reichsgesetzgebung" auch die „Kodification der in den Revisionsgerichtsbezirken geltenden Landesrechte".

Kauf genommen werden, da man doch den einzelnen deutschen Staaten ihr Gesetzgebungsrecht nicht entziehen könne?

Daß dieser Einwand ein unrichtiger wäre, zeigt sich, sobald wir uns daran erinnern, daß es in Deutschland einen höchsten Reichsgerichtshof bereits giebt, dessen Kompetenz durch die Partikulargesetzgebung vollkommen unberührt bleibt. Als nämlich nach Errichtung des Norddeutschen Bundes das Bundesoberhandelsgericht eingesetzt wurde, war ja gewiß der leitende Gedanke der, daß das in dem deutschen Handelsgesetzbuche sowie in der deutschen Wechselordnung enthaltene formell und materiell gemeinsame Recht auch in der Rechtsprechung ein einheitliches bleibe.

Nun sagte aber §. 1 des Gesetzes vom 12. Juni 1869 (B.-G.-Bl. 1869 S. 204.) nicht etwa:

> Die Berufung an das Bundes-Oberhandelsgericht findet alsdann statt, wenn eine Vorschrift des deutschen Handelsgesetzbuches oder der deutschen Wechselordnung nicht oder nicht richtig angewendet ist —

sondern es bestimmte der §. 1 wörtlich Folgendes:

> Für Handelssachen wird ein für alle Staaten des Norddeutschen Bundes gemeinsamer oberster Gerichtshof errichtet, u. s. w.

und §. 13 desselben Gesetzes deklarirte sodann, was unter Handelssachen im Sinne des Gesetzes zu verstehen sei; und mag diese Begriffsbestimmung der „Handelssachen" auch immerhin Zweifel entstehen lassen, so werden dieselben doch in Gemäßheit des §. 17 Abs. 2 praktisch nicht bedeutsam.

Die Sache ist also die, daß die Kompetenz des Reichsoberhandelsgerichtes durch die Art der Rechtsstreitigkeit bestimmt wird, und nicht durch Art der Rechtsquelle, welche für die Entscheidung der Rechtsstreitigkeit anzuwenden sein möchte. Streitigkeiten über Handelssachen gehören in letzter Instanz für den höchsten Reichsgerichtshof, mag die Rechtsquelle, nach welcher die Handelssache zu entscheiden ist, sein, welche sie wolle; nicht aber gehören Rechtsstreitigkeiten, gleichviel welcher Art, vor den höchsten Reichsgerichtshof, wenn nur die Rechtsvorschrift, über welche gestritten wird, eine Bestimmung des deutschen Handelsgesetzbuches, der deutschen Wechselordnung ist. In Folge der für die Kompetenz des Reichsoberhandelsgerichtes maßgebenden Vorschrift, hat dieser Gerichtshof denn auch eine nicht geringe Anzahl partikulargesetzlicher Vorschriften seinen Entscheidungen zu

Grunde gelegt. Abgesehen von den preußischen Gesetzen, welche hier übergangen werden können, da dieselben auch für die Zukunft denjenigen Gesetzen zuzurechnen sind, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Revisionsgerichtes hinaus erstreckt, und abgesehen von den partikularen Prozeßgesetzen, die ja durch die deutsche Civilprozeßordnung beseitigt werden, sind namentlich noch folgende Partikulargesetze zu nennen, über deren Bestimmungen das Reichsoberhandelsgericht entschieden hat; und zwar

für Sachsen: das bürgerliche Gesetzbuch, Gesetz über Schuldarrest und Wechselprozeß; Verordnung vom 13. März 1867 (Schadensklagen betreffend); Ges. über den Betrieb ausländischer Versicherungsgesellschaften, vom 10. Sept. 1856; Ges. über kaufmännische Anweisungen von 1840; Verordnung über Immobiliar-Brandversicherungen;

für Großherzogthum Hessen: Gesetz vom 19. März 1853;

für Hamburg: Statuten von 1605; Falliten-Ordnung von 1753; Verordnung über das Ausweichen der Dampfschiffe auf der Unterelbe von 1842; Verordnung über die Auswanderer-Verschiffung von 1855; Gesetz über Nacht- und Nebelsignale von 1863; Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche von 1865;

für Bremen: Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche von 1864;

für Lübeck: Konkursordnung vom 6. October 1862; Gesetz über die Haftung der Ehefrauen vom 20. October 1863; Einführungsgesetz zur Wechselordnung;

für Mecklenburg: Rostocker Musterrolle; Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche; revidirte Stadtbuchordnung von 1857;

für Weimar: Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche;

für Schleswig-Holstein: Strandverordnung vom 30. Dezember 1803;

für Bayern: bayerisches Landrecht.

Andererseits hat das Reichsoberhandelsgericht auch in einer sehr großen Zahl von Rechtsstreitigkeiten seine Entscheidung getroffen, ohne die Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuches oder der deutschen Wechselordnung oder eines andern Reichsgesetzes auch nur beiläufig zu berühren. [1])

[1]) Von den 81 Erkenntnissen, welche sich im ersten Bande der von Mitgliedern des Gerichtshofes (Erlangen, Ente) herausgegebenen Sammlung befinden, wird in 25; von den 100 Erkenntnissen des zweiten Bandes in 33 auf die Bestimmungen der Reichsgesetze gar nicht Rücksicht genommen. Der Nachdruck ist auf „Erkenntnisse“

Genug, der Begriff der „Handelssachen“ stand reichsgesetzlich fest; und daraus folgte, daß die Kompetenz des Reichsoberhandelsgerichtes durch die Partikulargesetzgebung unangefochten blieb, und dies deswegen, weil das Reichsgesetz vom 12. Juni 1869 die Kompetenz dieses höchsten Reichsgerichtes nicht nach der Beschaffenheit der Rechts**quellen**, sondern nach der Beschaffenheit der Rechts**streitigkeiten** bestimmte.

Hätte nun der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung den Weg weiter verfolgt, welchen das Gesetz vom 12. Juni 1869 beschritten hatte, so wäre man dazu gelangt zu sagen:

die Oberrevision ist nicht nur in Handelssachen, sondern auch in allen übrigen Rechtsstreitigkeiten zulässig;

eine Vorschrift, welche noch immer alle diejenigen Modificationen gestattetet hätte, durch welche die Oberrevision von bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich der Größe der Beschwerdesumme, vielleicht auch hinsichtlich der Uebereinstimmung der Vorentscheidungen abhängig zu machen gewesen wäre.

Der Entwurf zur Civilprozeßordnung hat indessen den von dem Gesetze vom 12. Juni 1869 betretenen Weg gänzlich verlassen; nicht die Beschaffenheit der Rechts**streitigkeit**, sondern die Beschaffenheit der Rechts**quelle** soll darüber entscheiden, ob die Oberrevision zulässig sein, ob das höchste Reichsgericht in die Lage kommen kann, ein Urtheil zu sprechen.

Der rechtliche Begriff der Handelssachen wird nach dem Entwurf einer Civilprozeßordnung nicht aufhören zu existiren. (Vergleiche §. 431 und „Begründung“ S. 56 „Vor die nach Maßgabe des Verkehrsbedürfnisses zu errichtenden Handelsgerichte gehören handelsrechtliche Streitigkeiten ohne Rücksicht auf den Werthbetrag.“) Zur Zeit ist den Handelssachen reichsgesetzlich die dritte Instanz gewährt, ohne Rücksicht darauf, durch welche Rechtsnorm der Streit zu entscheiden ist. Sobald der Entwurf einer Civilprozeßordnung Rechtskraft erlangt hat, wird sich zeigen, daß diese in den Jahren 1869, 1870 für Handelssachen erfolgte reichsgesetzliche Regelung der letztinstanzlichen Verhältnisse nur ein Provisorium gewesen sei. Denn von diesem Zeitpunkte an werden die Handelssachen wie die übrigen bürgerlichen

---

zu legen; würde man die Präjudikate zählen, so würde der Prozentsatz der die Reichsgesetze nicht berührenden Präjudikate ein noch größerer sein.

Rechtsstreitigkeiten eine dritte Instanz nur dann haben, wenn der Rechtsgrundsatz, nach welchem sie zu entscheiden sind, in mehr als einem Revisionsgerichtsbezirke Geltung hat.[1]) Und damit würde für die Handelssachen das zweite, für die übrigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das erste Provisorium geschaffen sein. Definitiv werden die Kompetenzverhältnisse des höchsten Gerichtshofes erst durch die Publikation des allgemeinen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches geregelt sein. Denn erfolgt diese, gilt im ganzen deutschen Reiche nur ein bürgerliches Recht, so hört auch die Unterscheidung auf, ob eine Rechtsnorm in einem oder in mehreren Revisionsgerichtsbezirken Geltung hat. Man mag immerhin sagen, daß auch das zu erwartende bürgerliche Gesetzbuch noch mancherlei partikuläre Rechtsnormen werde bestehen lassen. Das ist ja auch der Fall gewesen, nachdem das deutsche Strafgesetzbuch Gesetzeskraft erlangt hat. Aber über die Frage, ob und welche partikuläre Vorschriften neben dem Reichsgesetze noch Gültigkeit haben oder fernerhin erlangen können, wird im Interesse der Rechtseinheit doch gewiß nur derjenige Richter zur Entscheidung berufen sein, in dessen Hände die Wahrung des Reichsrechtes gelegt ist.

Diese Betrachtung könnte vielleicht dazu führen, schon jetzt die Kompetenz des höchsten Gerichtshofes derartig zu fixiren, daß man erklärt, es solle derselbe alle diejenigen Arten von Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden berufen sein, welche er nach Publikation des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu entscheiden haben werde. Konnte darüber zur Zeit noch keine Entschließung gefaßt werden, welche Gegenstände des bürgerlichen Rechtes das bevorstehende deutsche bürgerliche Gesetz-

---

[1]) Der „Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Einführung der deutschen Civilprozeßordnung" erwähnt das Verhältniß des Reichsoberhandelsgerichtes zu dem neu zu schaffenden höchsten Reichsgerichtshofe nicht. In §. 9 wird der Satz aufgestellt: „Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Civilprozeßordnung nicht berührt. Aufgehoben werden" — es folgt eine Reihe reichsgesetzlicher Bestimmungen, unter denen sich diejenigen Gesetze, welche zur Zeit die Kompetenz des Reichsoberhandelsgerichtes regeln, nicht befinden. Auch in der „Begründung" (vgl. S. 627) sind diese Gesetze nicht erwähnt. Die Beseitigung derselben ist zweifellos dem Gerichtsverfassungsgesetz vorbehalten, wie aus den S. 56 der „Begründung" mitgetheilten Prinzipien der bevorstehenden Gerichtsverfassung zu ersehen — „Die Gerichtsbarkeit dritter Instanz wird von einem obersten Gerichtshofe ausgeübt". — Es würde ja auch unmöglich sein, zwei höchste Gerichtshöfe zu denken, und die Kompetenz des einen nach der Art der Rechtsstreitigkeit, die des andern nach der Art der Rechtsquelle zu regeln.



buch zu regeln haben, und welche von der Regelung durch dasselbe auszuschließen seien, so möchte eine Rechtsordnung, welche dem höchsten Gerichtshofe die Entscheidung aller Rechtsstreitigkeiten selbst auf die Gefahr hin zuweist, daß derselbe in Folge der Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches vielleicht für die eine oder die andere Art von Rechtsstreitigkeiten wieder inkompetent werden könnte, noch immer den Vorzug verdienen vor einer Rechtsordnung, welche es schlechthin für jede Art von Rechtsstreitigkeit zweifelhaft läßt, ob dieselbe vor dem höchsten Gerichtshofe zur Entscheidung gebracht werden könne oder nicht. Mit einer Gesetzesvorschrift, welche dem Sinne nach sagt: der höchste Gerichtshof soll in Rechtsstreitigkeiten jeglicher Art kompetent werden (falls der streitige Rechtssatz in zwei Revisionsgerichtsbezirken Geltung hat); der höchste Gerichtshof soll aber auch in keinerlei Rechtsstreitigkeiten kompetent werden (falls der Rechtssatz, von welchem die Entscheidung abhängt, nur in einem Revisionsgerichtsbezirke gilt); eine solche Gesetzesvorschrift wird um so weniger auf Beifall rechnen dürfen, wenn dieselbe noch den Zusatz erhält: wie die Bezirke der Revisionsgerichte zu bestimmen, das wird von mancherlei Aeußerlichkeiten, z. B. auch davon abhängen, ob Bayern oder Sachsen mit einem Revisionsgerichte auskommen, oder ob sie mehr als eins brauchen werden. (Vergl. „Begründung“ S. 426.)

Die „Begründung“ sucht die Herstellung eines derartigen Rechtszustandes durch folgende Ausführungen zu rechtfertigen (S. 53):

> „Der rechtfertigende Grund für die Eröffnung einer dritten Instanz vor einem obersten Gerichtshofe wurde in dem Bedürfnisse nach Einheit des Rechtes und der Rechtspflege gefunden. Dieser Gedanke kann gar nicht zur Geltung kommen, wenn es sich um Rechtsnormen handelt, deren Geltungsbereich entweder mit den Bezirksgrenzen des Revisionsgerichtes zusammenfällt oder innerhalb dieser Grenzen liegt. Die Einheit dieser Rechtsnormen kann das Revisionsgericht eben so gut und besser wahren, als ein oberster Gerichtshof —“

Diese Eintheilung der Rechtsnormen in solche, welche innerhalb eines Revisionsgerichtsbezirkes liegen, und solche, welche sich über mehrere derartige Bezirke hinaus erstrecken, dürfte in der That eine unhaltbare sein.

Denn der Umstand, daß in den einzelnen deutschen Staaten so mannigfache Partikularrechte Geltung haben, hat doch nur zum kleinen

Theile darin seinen Grund, daß die einzelnen deutschen Staaten auf dem Wege der Gesetzgebung diese oder jene Gegenstände des bürgerlichen Rechtes bald mit geringerer, bald mit größerer Vollständigkeit geregelt haben; die wesentlichste Ursache für die Mannigfaltigkeit der Rechtsnormen in den einzelnen deutschen Staaten ist doch vielmehr darin zu finden, daß — anderer Gründe zu geschweigen — durch die Säkularisationen des westphälischen Friedens, des Reichsdeputationshauptschlusses und durch die vom Wiener Kongreß beliebten Vertheilungen Staatenbildungen erzeugt wurden, welche die verschiedenartigsten Rechtsbildungen in sich aufzunehmen hatten. Und da unter den so gebildeten Staaten nur wenige die Neigung und Fähigkeit hatten, innerhalb ihrer Grenzen auf dem Wege der Gesetzgebung einheitliches Recht zu schaffen, so verblieb es bei der Zersplitterung des Rechtes innerhalb der staatlichen Territorien.

In welcher Weise die solchergestalt conservirte Partikularisirung des Rechtes mit den in nächster Zukunft einzurichtenden Revisionsgerichten, deren Bezirke zwei bis drei Millionen Seelen umfassen sollen, in Zusammenhang gebracht werden kann, ist nicht wohl einzusehen. Wollte man aber auch den Begriff des Partikularrechtes, was allerdings unzuläßig sein würde, auf diejenigen partikulären Gesetze beschränken, welche die zur Zeit bestehenden — oder die von 1815 bis 1866 bestandenen und gegenwärtig noch zum deutschen Reiche gehörenden — Staaten erlassen haben, so würde auch mit diesen Partikularrechten die bevorstehende Eintheilung Deutschlands in Revisionsgerichtsbezirke von je zwei bis drei Millionen Seelen kaum in einem Zusammenhange stehen. Was gehen denn heute beispielsweise die Gerichte Lübeck's oder Bremen's die Rechtsnormen an, welche in Mecklenburg, Schleswig-Holstein oder Oldenburg Geltung haben? Würde man aber ein Revisionsgericht für einen Bezirk von etwa zwei und einer halben Million Seelen für diese Gegend einsetzen wollen, so würde dasselbe Mecklenburg-Schwerin (557,897), Mecklenburg-Strelitz (96,982), die Hansestädte (Hamburg, Lübeck, Bremen) (513,697), Schleswig-Holstein (997,750), Lauenburg (49,651), Oldenburg (314,788), das Jahdegebiet (5941), zusammen 2,536,706 — umfassen können. Daß die bei einem solchen Revisionsgerichte angestellten Richter das in dem Bezirke geltende Recht zu handhaben verstehen würden, unterliegt allerdings keinem Zweifel; — wissen doch jetzt die bei den gemeinschaft-

lichen Oberappellationsgerichten zu Lübeck und zu Jena fungirenden Richter mit den so sehr mannigfaltigen Rechten der zu den genannten Gerichten gehörenden Gebieten umzugehen, ohne daß sie deshalb specifisch hanseatische oder thüringisch-anhaltische Juristen wären; aber eben so gut, wie in einem derartigen Revisionsgerichtsbezirke der Richter das partikuläre Recht seines Gerichtsbezirkes, so würde auch der bei dem Oberrevisionsgerichte angestellte Richter diese Rechtsnormen richtig zu würdigen vollkommen in der Lage sein. Denn über diejenigen Erkenntnißquellen des geltenden Rechtes, welche dem Revisionsrichter zu Gebote stehen, kann der Richter des Oberrevisionsgerichtes auch disponiren. Erkenntnißquellen über Existenz und Inhalt partikulärer Rechte, welche nicht dem Oberrevisions-, wohl aber dem Revisionsrichter zu Gebote stehen könnten, die giebt es überhaupt nicht.

Dazu kommt aber noch, daß auf die einzelnen deutschen Staaten bei Eintheilung der Revisionsgerichtsbezirke doch nur zum Theil wird Rücksicht genommen werden können. Schwerlich wird beispielsweise Birkenfeld mit Oldenburg, schwerlich Anhalt mit den übrigen zum Oberappellationsgerichte Jena gehörenden Staaten in dem gleichen Revisionsgerichtsbezirke vereinigt bleiben; ganz abgesehen davon, daß es auch politisch nicht richtig wäre, den territorialen Grenzen der einzelnen Bundesstaaten eine weitere Berücksichtigung angedeihen zu lassen, als solche durch die Regelung der Rechtsordnung selbst geboten ist.

Genug, zwischen dem partikulären Rechte, wie dasselbe in Deutschland besteht, und den Revisionsgerichtsbezirken, wie dieselben in Deutschland hergestellt werden sollen, existirt in Wahrheit kein irgendwie erkennbarer Zusammenhang.

Nun giebt die „Begründung“ selbst zu, daß die Frage, auf welche Rechtsnormen die Oberrevision gestützt werden könne, „bei der abstrakten Fassung des Prinzipes (§. 498 Abs. 2) in einzelnen Fällen Schwierigkeiten bereiten müsse.“ „Eine spezielle Aufzählung aller Rechtsnormen auf welche die Oberrevision gestützt werden kann“, so heißt es, „wäre im Texte des Gesetzes nicht ausführbar und außerdem aus praktischen Gründen nicht rathsam. Letzteres, weil gegenüber der rüstig fortschreitenden Reichsgesetzgebung und bei der zu erwartenden Kodification der in den Revisionsgerichtsbezirken geltenden Landesrechte der gegenwärtige Rechtszustand in Deutschland voraussichtlich in nächster Zukunft den umfassendsten Veränderungen entgegengeht. Einer generellen

Aufzählung stehen gleichfalls erhebliche Bedenken entgegen. Selbstverständlich müßten in den Katalog aufgenommen werden:

a. Gesetze des preußischen Staates, soweit sich ihr Geltungsgebiet über den Bezirk eines Revisionsgerichtes hinaus erstreckt,

b. das gemeine Recht,

c. das französische Recht.

Zweifelhaft dagegen könnte die Aufnahme des bayerischen, würtembergischen und sächsischen Rechtes sein" u. s. w. („Begründung" S. 425, 426.)

Darin ist ohne Weiteres der „Begründung" zuzustimmen, daß die praktische Durchführung des in §. 498 Abs. 2. aufgestellten Prinzipes nicht nur in „einzelnen", sondern in sehr vielen Fällen Schwierigkeiten bereiten werde. Aber die Frage ist eben, ob das Prinzip selbst, welches zugestandenermaßen Schwierigkeiten bereiten muß, das richtige sei. Und um dieses zu untersuchen, wird es unabweisbar, in das Detail derjenigen praktischen Schwierigkeiten einzugehen, welche mit der Durchführung des §. 498 Abs. 2 unzertrennlich verbunden sind.

Nehmen wir vorweg in Betracht, daß die Oberrevision auf unrichtige Anwendung eines Reichsgesetzes gestützt werden könne. Zu den Reichsgesetzen gehört das deutsche Handelsgesetzbuch; aber bevor dasselbe formell zu einem Reichsgesetze erhoben wurde, war es auf dem Wege der Partikulargesetzgebung in den meisten deutschen Staaten eingeführt, und durch diese Einführungsgesetze sind die Rechtsnormen des Handelsgesetzbuches auch auf Gebiete übertragen, welche durch das Handelsgesetzbuch selbst ihre Regelung nicht erfahren sollten.

Beispielsweise mag Folgendes angeführt werden.

Die bremische Einführungsverordnung zum deutschen Handelsgesetzbuche (6. Juni 1864) bestimmt §. 29:

„Die Bestimmungen des 4. Buches des Handelsgesetzbuches Tit. 1, Abschn. 2, 3 und 4 finden auf ein einzelnes der im Artikel 272 aufgeführten Geschäfte auch dann Anwendung, wenn dasselbe gegen Entgelt, sei es von einem Kaufmann oder von einem Nichtkaufmann geschlossen wird.

Die Bestimmungen des 4. Buches des Handelsgesetzbuches Tit. 3, 4 und 5 kommen auch dann zur Anwendung, wenn ein Nichtkaufmann ein einzelnes der in den Art. 378, 388 und 420 erwähnten Geschäfte gegen Entgelt schließt."

In §. 30 derselben Verordnung heißt es:

„Die Bestimmungen der Artikel 284, 285, 286, 288, 291, 294, 295, 296, 298, 299, 300, 301, 303 — 307, 318 — 322, 324—330, 333—336 des Handelsgesetzbuches sollen allgemeine, nicht auf Handelsgeschäfte und nicht auf Kaufleute beschränkte Geltung haben, und die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Buch IV. Tit. 2 vom Kauf, mit Ausnahme der Art. 357, 358, auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Contrahenten keine Kaufleute sind und das Geschäft nicht als Handelsgeschäft angesehen werden kann.

Jedoch verbleibt es in diesen Fällen hinsichtlich der den Contrahenten gegen einander obliegenden Sorgfalt auch da, wo das Handelsgesetzbuch abweichende Bestimmungen enthält, bei dem bestehenden Rechte.

Ebenso verbleibt es hinsichtlich der Verträge über unbewegliche Sachen bei dem bestehenden Rechte.

Hinsichtlich der Verträge über Seeschiffe kommen jene Bestimmungen nur so weit zur Anwendung, als das Seerecht nicht besondere Bestimmungen enthält“.

Das hamburgische Einführungsgesetz zum deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. Dez. 1865 bestimmt in §. 30:

„Die in Buch IV. Tit. 1 Abschnitt 2—4 des Handelsgesetzbuches (Art. 278—336) enthaltenen Bestimmungen und die dazu gehörigen Bestimmungen dieses Gesetzes sollen allgemeine, nicht blos auf Handelsgeschäfte und Kaufleute beschränkte Geltung haben.

Ausgenommen sind die Art. 282, 289, 290, 291, 297, 309 bis 312, welche nur soweit zur Anwendung kommen, wie das Handelsgesetzbuch es vorschreibt, sowie der Art. 292, welcher nur nach Maßgabe des §. 33 und der Art. 323, der nur nach Maßgabe des §. 36 dieses Gesetzes auf andere Fälle ausgedehnt wird.“

Ein Streit kann darüber kaum entstehen, daß gesetzliche Bestimmungen von der Art der hier angeführten formell nicht den Reichsgesetzen, sondern den Partikulargesetzen zuzuzählen sind. Aber eben so wenig kann auch darüber gestritten werden, daß der Inhalt der Artikel des Handelsgesetzbuches, welchen Hamburg und Bremen eine über die Vorschriften des Handelsgesetzbuches hinausgehende Anwendbarkeit verliehen haben, materiell Reichsrecht enthalten.

Zur Zeit macht nun die praktische Handhabung dieser Vorschriften

der Einführungsgesetze keine Schwierigkeit. Denn da die Kompetenz des Reichsoberhandelsgerichtes auf „Handelssachen" im Sinne des Gesetzes vom 12. Juni 1869 beschränkt ist, so werden Rechtsstreitigkeiten, welche nicht „Handelssachen" sind, an das Reichsgericht nicht abgegeben, wenngleich für die Entscheidung dieser Rechtsstreitigkeiten in Gemäßheit des bremischen oder hamburgischen Gesetzes, Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuches in Anwendung zu bringen sind. Dieser Gesichtspunkt wird aber, nachdem §. 498 des Entwurfes einer Civilprozeßordnung Gesetzeskraft erlangt hat, nicht mehr der entscheidende sein können, da es alsdann nicht mehr auf die Art des Rechtsstreites, sondern auf die Art der Rechtsquelle ankommen wird. Vielmehr wird nun die Frage entstehen, ob bei einer hamburgischen Rechtssache, welche in Gemäßheit des hamburgischen Gesetzes vom 22. Dez. 1865 unter ausschließlicher oder theilweiser Zugrundelegung von Vorschriften des Handelsgesetzbuches zu entscheiden ist, Reichsrecht oder partikuläres hamburgisches Recht in Frage stehe. Auch glaube ich nicht, daß §. 5 des Entwurfes eines Gesetzes, betreffend die Einführung der deutschen Civilprozeßordnung hier von wesentlicher Hülfe sein würde, [1]) falls man nämlich der Ansicht sein sollte, daß Reichsrecht in Frage stehe, obwohl eine Vorschrift des Handelsgesetzbuches auf einen Rechtsstreit lediglich in Gemäßheit eines Partikulargesetzes Anwendung findet. Denn schon die hier mitgetheilten partikulargesetzlichen Bestimmungen zeigen, daß die Artikel des Handelsgesetzbuches in ihnen keinesweges rein dastehen, daß letztere vielmehr mit specifisch bremischem und hamburgischem Platzrechte vermischt sind. In der Anlage B. würde man daher nicht einmal die §§. 29 und 30 des bremischen, den §. 30 des hamburgischen Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche nennen können, sondern müßte in dieser Anlage B. selbständige gesetzliche Bestimmungen darüber treffen, in wie weit die genannten Gesetzesparagraphen zur Oberrevision Veranlassung geben können, und in wie weit nicht. Daß bei Aufrechterhaltung des in §. 498 ausgesprochenen Prinzipes davon nicht die Rede sein könnte, die bezeichneten Einführungsgesetze in ihrer Totalität in die Anlage B. aufzunehmen,

---

[1]) §. 5. „Die Oberrevision kann darauf, daß eine Rechtsnorm, deren Geltung sich nicht über das Gebiet des Revisionsgerichtes hinaus erstreckt, nicht oder nicht richtig angewendet sei, gestützt werden, wenn diese Rechtsnorm den in der Anlage B" — welche Anlage übrigens dem Entwurfe nicht beigegeben ist — „aufgeführten Rechten angehört."

versteht sich nach dem Gesagten von selbst, und zeigt auch der flüchtigste Blick auf die mannigfaltigen, spezifisch platzrechtlichen Bestimmungen dieser Gesetze. Würde es nun aber richtig sein, bestehende Gesetze durch den Inhalt der Anlage B. zu zerreißen, um das Resultat zu erreichen, daß das höchste Reichsgericht über Reichsrecht und nicht über Partikularrecht erkenne?

Nimmt man aber den entgegengesetzten Fall an; bestimmt man demzufolge vielleicht in der Anlage A. [1]), daß die Oberrevision darauf, daß eine Vorschrift des Handelsgesetzbuches nicht, oder nicht richtig angewendet sei, nicht gestützt werden dürfe, wenn die Rechtsstreitigkeit, auf welche die Vorschrift des Handelsgesetzbuches nicht, oder nicht richtig angewendet worden, eine Handelssache nicht sei; so würde das Prinzip des §. 498 Abs. 2 vollkommen durchbrochen werden, da ja in Gemäßheit desselben nicht die Beschaffenheit des Rechtsstreites, sondern die Beschaffenheit der Rechtsquelle die Kompetenz des Oberrevisionsgerichtes bestimmen soll. Dazu kommt, daß, wenn der höchste Gerichtshof die Einheit des Reichsrechtes zu wahren berufen ist, es hiermit im Widerspruch stehen würde, ihm die Kognition über Streitigkeiten, welche die Anwendbarkeit des Reichsrechtes erfordern, zu entziehen. Daß aber eine Bestimmung des Reichsrechtes in Frage steht, wenn die Parteien darüber streiten, ob beispielsweise Art. 280 des Handelsgesetzbuches richtig oder unrichtig angewandt sei, unterliegt doch auch dann keinem Zweifel, wenn die Streitsache als „Handelssache" sich nicht darstellen sollte.

Doch genug von Reichsgesetzen! Zur Kompetenz des höchsten Gerichtshofes sollen ferner gehören („Begründung" S. 425) „die Gesetze des preußischen Staates, soweit sich ihr Geltungsgebiet über den Bezirk eines Revisionsgerichtes hinaus erstreckt."

Hinsichtlich der preußischen Provinzialrechte bringt die „Begründung" selbst eine Bemerkung bei (S. 427), aus welcher geschlossen werden darf, daß diese Rechte, deren heutige Geltung sich oft genug über verschiedene preußische Appellationsgerichtsbezirke erstreckt, zu den-

---

[1]) §. 4 des Entwurfes zu einem Einführungsgesetze bestimmt: „Die Oberrevision kann darauf, daß eine Rechtsnorm, deren Geltung sich über das Gebiet des Revisionsgerichtes hinaus erstreckt, nicht oder nicht richtig angewendet sei, nicht gestützt werden, wenn diese Rechtsnorm den in der Anlage A aufgeführten Rechten angehört."

jenigen gehören sollen, welche durch ihre Aufnahme in die Anlage A. der Kognition des Oberrevisionsgerichtes entzogen bleiben.

Damit ist die Sache aber nicht abgemacht. Denn es giebt eine nicht ganz unbeträchtliche Zahl preußischer Gesetze, welche zwar ihrem Inhalte nach preußische Landesgesetze sind, ihrer Form nach dagegen den Provinzialgesetzen zuzuzählen sind, während es auch nicht an solchen preußischen Staatsgesetzen fehlt, welche von einem andern deutschen Staate durch einen Akt der Gesetzgebung theils mit, theils ohne Abänderung recipirt wurden. Von der Geltung des preußischen Allgemeinen Landrechtes in Hannover und in Bayern sehe ich dabei ganz ab — hierauf macht die „Begründung“ S. 426 aufmerksam — und führe nur folgendes an.

1. In Waldeck-Pyrmont ist die preußische Verordnung vom 13. Mai 1867, betreffend die Ablösung der Servituten, Theilung der Gemeinschaften u. s. w., im Jahre 1869 eingeführt. Ist nun dieses für Waldeck im Jahre 1869 eingeführte Gesetz als ein partikulär-waldeckisches der Kompetenz des Oberrevisionsgerichtes entzogen, oder ist es mit Bezug auf seinen Inhalt als Gesetz des preußischen Staates der Kompetenz dieses Gerichtshofes unterworfen?

2. In Ostfriesland und auf dem Eichsfelde gilt das preußische Kulturedikt von 1811. Ist dieses Gesetz, vielleicht unter Anwendung des jus postliminii, als Gesetz des preußischen Staates, oder in Folge seiner Geltung in den Jahren 1815—1866 als hannöverisches Gesetz anzusehen?

3. In Nassau wurde am 5. April 1849 ein Gesetz, betr. die Abkürzung der Verjährungsfristen für gewisse Arten von Forderungen, publicirt. Dieses Gesetz ist eine Nachbildung der preußischen Gesetze vom 31. März 1838 resp. 6. Juli 1845, jedoch mit seinen Vorbildern nicht ganz conform. Formell ist dieses Gesetz vom 5. April 1849 unzweifelhaft ein herzoglich nassauisches Gesetz gewesen; gegenwärtig steht dasselbe formell mit den preußischen Provinzialgesetzen auf einer Linie. Soll nun für die Kompetenz des Oberrevisionsgerichtes dieser formelle Gesichtspunkt maßgebend sein, d. h. sollen Streitigkeiten über die Verjährungsfristen an diesen Gerichtshof gelangen, wenn dieselben in den alten Provinzen Preußens entstanden sind, nicht aber dann, wenn sie ihren Ursprung in Nassau hatten, wenn schon die gesetzliche Vorschrift, die hier wie dort die Veranlassung zum Streite gab, die wirklich gleiche wäre? Doch, ich erwähnte ja, das preußische und das

nassauische Gesetz sind nicht vollständig conform. Würden also diese in Einzelnheiten stattfindenden Difformitäten das nassauische Gesetz zu einem Gesetze herabdrücken, welches, weil es seinem vollen Inhalte nach nur in einem Revisionsgerichtsbezirke gilt, zur Kognition des Oberrevisionsgerichtes niemals gelangen könnte, oder sollen die Conformitäten mit dem preußischen Landesgesetze das entscheidende Moment abgeben, durch welches das für Nassau publizirte Gesetz für das Oberrevisionsgericht kurfähig wird? oder sollen endlich die conformen Bestimmungen zur Begründung der Oberrevision berechtigen, die difformen dagegen nur insoweit, als sie den preußischen Gesetzen angehören, da letztere ja über mehrere Revisionsgerichtsbezirke sich erstrecken werden?

Die gleichen Fragen entstehen

4. in Betreff des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865, welches in den neuen preußischen Provinzen eingeführt worden ist, jedoch nicht ohne partikuläre Abweichungen in Einzelnheiten, welche die Einführungsverordnungen (z. B. die vom 22. Febr. 1867 für Nassau) enthalten. Ist nun das preußische Berggesetz, die provinziellen Partikulärbestimmungen mit eingeschlossen, ein preußisches Gesetz, oder giebt es im Hinblicke auf die Oberrevision erstens ein preußisches Berggesetz vom 24. Juni 1865 und außerdem noch so viele provinzielle Berggesetze, als es modificirende Einführungsgesetze des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 für die einzelnen preußischen Provinzen giebt? oder soll man auch hier zwischen conformen und difformen Bestimmungen unterscheiden?

Nun ist aber noch weiter zu bemerken, daß der Vorgang, welchen Preußen in der Berggesetzgebung machte, für andere deutsche Staaten den Erfolg gehabt hat, ebenfalls neue Berggesetze zu erlassen. Dies ist namentlich geschehen in Braunschweig (15. April 1867), in Bayern (20. März 1869) und zwar sind die Gesetze dieser Staaten wesentlich dem preußischen Gesetze nachgebildet. Ob nun die auf diesem Gebiete durch die Gesetzgebung begründete Rechtseinheit auch zu einer Einheit in der Rechtsprechung führen werde, das wird z. B. davon abhängen, ob Bayern mit einem Revisionsgerichte wird auskommen können, oder ob es deren zwei gebrauchen wird; denn im letzteren Falle würden sich das bayerische und das preußische Berggesetz in dem Oberrevisionsgerichte begegnen, im ersteren dagegen würde das preußische Gesetz dort allein den Platz behaupten. Das braunschweigische Gesetz würde freilich auf alle Fälle auf den Zutritt zum Oberrevisionsgerichte ver-

zichten müssen; denn für Braunschweig würden zwei Revisionsgerichte nicht möglich sein.

Die Beispiele der vorstehenden Art, die ja leicht noch vermehrt werden könnten, sollen nur zeigen, wie wenig die gesetzliche Vorschrift des §. 498 Abs. 2 ausreichend ist, um sich über die Frage nach der Kompetenz des Oberrevisionsgerichtes zu orientiren. Die Anlagen A. und B., dazu bestimmt, das im Gesetze aufgestellte Prinzip praktisch brauchbar zu machen, werden Zweifel der mannigfachsten Art nicht zu beseitigen vermögen. Und die „Begründung" selbst scheint mit §. 498 Abs. 2 und den zur Zeit noch nicht ausgefüllten Anlagen A. und B. die vorauszusehenden Zweifel und Bedenken nicht beseitigen zu wollen. Heißt es doch auf S. 426: „Durch die Aufzählung wird kein Anhalt für die Entscheidung der schwierigen Frage gewonnen, ob und inwieweit z. B. ein Institut als gemeinrechtlich oder als partikularrechtlich zu gelten hat, eine Frage, welche nur für den einzelnen Fall, und unter Berücksichtigung aller einschlagenden Umstände zutreffend entschieden werden kann." Auf dieses Auskunftsmittel wird noch weiter unten einzugehen sein.

Zuvörderst ist jedoch darauf hinzuweisen, daß nach der Darlegung der „Begründung" in den Katalog derjenigen Rechtsnormen, auf welche die Oberrevision soll gestützt werden können, „selbstverständlich" das „gemeine Recht" mit aufzunehmen sei.

Verstehen wir unter „gemeinem Recht" zunächst das Römische Recht! Auf die Verschiedenartigkeit der Rechtsnormen, welche sich auf Grund des Justinianischen Rechtes in Deutschland, und nicht zum geringsten Theile durch die gleichzeitige Thätigkeit verschiedener höchster Gerichtshöfe herausgebildet haben, kann hier selbstverständlich im Einzelnen nicht eingegangen werden. Es genügt zu wissen, daß das Römische Recht der Kompetenz des Oberrevisionsgerichtes zugewiesen sein wird. Soll dies aber nur dann der Fall sein, wenn der streitige Rechtssatz des Römischen Rechtes durch ein Citat aus den Digesten, dem Codex, den Novellen bezeichnet wird, oder auch dann, wenn der römischrechtliche Rechtssatz sich in einem deutschen Partikularrecht vorfindet, wie z. B. in dem hamburger Statut von 1603 oder in einer der Bearbeitungen des württembergischen Landrechtes (1555, 1567, 1610) oder in dem bayerischen Landrecht von 1756? Soll der formelle Gesichtspunkt, daß es sich um ein Partikularrecht handelt, der entscheidende sein, oder soll die sachliche Rücksicht maßgebend

werden, die nämlich, daß ein römischrechtlicher Rechtssatz eben ein römischrechtlicher Rechtssatz ist, und daß hieran dadurch nichts geändert wird, wenn im Laufe der Zeit dieses oder jenes entweder vergangene oder noch bestehende Gesetzgebungssubjekt die Vorschriften des Römischen Rechtes bald reichlicher, bald sparsamer zum Bestandtheile seiner Produkte gemacht hat? Freilich, die römischrechtlichen Vorschriften des württembergischen Landrechtes werden an das Oberrevisionsgericht gelangen können, da muthmaßlich Baiern und Württemberg nicht in einem Revisionsgerichtsbezirke aufgehen werden, und das württembergische Landrecht auch in einzelnen Theilen Bayerns Geltung hat. Leicht möglich würde es aber sein, daß das bayerische Landrecht an das Oberrevisionsgericht nicht gelangte; denn es ist ja ganz wohl denkbar, daß für Oberbayern, Niederbayern und Oberpfalz ein Revisionsgerichtsbezirk ausreichend wäre; aber allerdings diese Möglichkeit bleibt ausgeschlossen, da durch Gesetz vom 16. Juli 1816 das bayerische Landrecht für sämmtliche Militairpersonen diesseits und jenseits des Rheines als Standesrecht eingeführt worden, und so dafür gesorgt ist, daß dasselbe wenigstens in zwei Revisionsgerichtsbezirken Geltung habe und mithin an das Oberrevisionsgericht gelangen könne. Soll nun aber wirklich die Frage, ob über römischrechtliche Vorschriften, welche in diesem oder jenem Partikulargesetze enthalten sind, das Oberrevisionsgericht zu befinden habe, ein Zufall und noch dazu ein Zufall von so zweifelhafter Berechtigung entscheiden, wie wir ihn beispielsweise in dem bayerischen Gesetze vom 16. Juli 1816 erkennen müssen?

Es mag dahingestellt bleiben, ob die verschiedenartige Auffassung römischrechtlicher Grundsätze in höherem Maße auf die Beurtheilung der Justinianischen Gesetze seitens der verschiedenen deutschen Gerichtshöfe, oder auf die Reproduction der Justinianischen Gesetze in den einzelnen Partikulargesetzen zurück zu führen ist. Soviel aber läßt sich gewiß behaupten, daß man dem Bedürfnisse nach Einheit der Rechtsprechung, soweit das römische Recht in Frage kommt, nicht dadurch gerecht werden kann, daß man zwischen dem römischen Rechte der Justinianischen Gesetzbücher und dem römischen Rechte der deutschen Partikulargesetzgebungen unterscheidet und das Römische Recht der ersteren Art dem Oberrevisionsgerichte zuweist, das der letzteren Art dagegen von demselben fern hält.

Die „Begründung" geht auf die hier hervorgehobenen Bedenken in etwas ein. Nachdem nämlich zunächst (S. 425) der Gedanke verworfen ist, eine spezielle Aufzählung aller Rechtsnormen, auf welche

die Oberrevision gestützt werden kann, im Texte des Gesetzes vorzunehmen, wird erwähnt, daß auch der generellen Aufzählung dieser Rechtsnormen erhebliche Bedenken entgegenständen. Und nachdem gesagt ist, daß in diesen (generellen) Katalog selbstverständlich die Gesetze des preußischen Staates, soweit sich ihr Geltungsgebiet über den Bezirk eines Revisionsgerichtes hinaus erstreckt, das gemeine Recht, das französische Recht aufzunehmen seien, heißt es weiter (S. 426):

„Zweifelhaft dagegen könnte die Aufnahme des bayerischen, württembergischen und sächsischen Rechtes sein: sie würde von der Beantwortung der Frage abhängen, ob Bayern, Württemberg und Sachsen mit einem Revisionsgerichte zur Zeit auskommen können oder wollen und in Zukunft ausreichen werden. Denn würde in jedem dieser Staaten nur ein Revisionsgericht bestellt werden, so würde dieses in der Lage sein, die Rechtseinheit in Betreff des partikulären Rechtes zu wahren; ein Bedürfniß für die Ueberweisung desselben an die Kognition des Oberrevisionsgerichtes könnte sich erst ergeben, wenn ein zweites Revisionsgericht eingesetzt wird. Mithin würde für den Umfang des Kataloges die jedesmalige Gerichtsorganisation maßgebend werden, mit der Aenderung derselben in einem der Bundesstaaten würde der Inhalt des Gesetzes selbst geändert werden müssen, ein Zustand, der nicht erwünscht sein kann, und der durch die abstrakte Fassung des Entwurfes vermieden wird.

Nun sind es aber doch zwei verschiedene Dinge, die Gerichtsorganisation, d. h. die Frage, wie die geschäftliche Vertheilung der Urtheilssprechung in zweckmäßigster Weise zu erfolgen habe, und die Urtheilssprechung selbst, d. h. die Frage: welchen Inhalt hat das bestehende Recht? Es erscheint nicht wohl zulässig, die Urtheilssprechung davon abhängig zu machen, ob Zweckmäßigkeitsrücksichten dafür streiten, in Sachsen oder Bayern nur ein Revisionsgericht oder deren zwei einzurichten. Noch weniger erscheint es zulässig, nicht blos die Urtheilssprechung von der Organisation der Revisionsgerichte bei Herstellung der deutschen Rechtsordnung abhängig zu machen, sondern die Urtheilssprechung auch für die Zukunft in ein Abhängigkeitsverhältniß von der Gerichtsorganisation zu bringen. Denn darüber lassen ja die Worte der „Begründung" keinen Zweifel, daß, wenn nach Errichtung des höchsten Gerichtshofes beispielsweise für Sachsen zwei Revisionsgerichte eingesetzt würden und für Württemberg nur eins, dann das

sächsische bürgerliche Gesetzbuch zu denjenigen Rechten gehörte, auf deren Verletzung die Oberrevision gestützt werden könnte, daß dagegen eine Verletzung der Vorschriften des württembergischen Rechtes die Anrufung des höchsten Gerichtshofes ausschließen müßte. Träte dann aber im Laufe der Zeit das Bedürfniß hervor, für Württemberg zwei Revisionsgerichte einzusetzen und Sachsen auf ein Revisionsgericht zu beschränken, so würde dem höchsten Gerichtshofe die Kognition über das württembergische Recht zufallen (mit dem es bis dahin noch nichts zu thun hatte) und die Kognition über das sächsische Recht, die ihm bis dahin zugestanden, würde der höchste Gerichtshof an das sächsische Revisionsgericht abzugeben haben.

Darin ist nun der „Begründung" gewiß beizustimmen, daß dieser Zustand als ein solcher zu bezeichnen sei, der „nicht erwünscht sein kann". Daß derselbe aber „durch die abstrakte Fassung des Gesetzes" vermieden werde, ist gewiß nicht richtig. Zwar die Fassung der Gesetzesformel, wie dieselbe jetzt in §. 498 sich findet, kann die gleiche bleiben, unangesehen ob die Gerichtsorganisation dem höchsten Gerichtshofe bald diese bald jene Kompetenz zuweisen wird. Aber den konkreten Inhalt für die abstrakte Formulirung des §. 498 wird man doch aus der jedesmal für zweckmäßig erachteten Gerichtsorganisation entnehmen müssen. An diesem „Zustand" — ob man ihn einen Zustand der Rechtsordnung nennen darf, mag dahingestellt bleiben — wird durch die abstrakte Fassung des §. 498 sicherlich nichts geändert.

Freilich ist nicht außer Acht zu lassen, daß der höchste Gerichtshof dazu dienen soll, die Einheit des Rechtes zu wahren. Verschiedenartigkeiten in der Rechtsanwendung, so dürfen wir den Gedankengang der Begründung verstehen, wird sich nur ergeben, wenn über die gleiche Rechtsquelle — z. B. württembergisches Recht — mehr als ein Revisionsgericht entscheidet; denn nur in diesem Falle entsteht die Möglichkeit, daß die beiden oder die mehreren Revisionsgerichte in Betreff einer und derselben Rechtsvorschrift verschiedener Ansicht sind; ein Revisionsgericht kann aber nur eine Ansicht haben, und folglich wird durch dieses die Einheit des partikulären Rechtes gewahrt.

Doch dieses Argument ist nicht durchschlagend. Denn deshalb, weil Rechtssätze des Justinianischen Rechtes in diesem oder jenem Gesetzbuche publizirt wurden, hören sie sachlich nicht auf, Rechtssätze des Justinianischen Rechtes zu sein. Wenn also beispielsweise über eine Vorschrift des Römischen Rechtes, welche sich im württebmergischen Landrechte findet, das württembergische Revisionsgericht eine Ansicht,

das bayerische Revisionsgericht über die gleiche Vorschrift, welche sich auch im codex Maximilianeus findet, eine andere Ansicht hätte; wenn die entsprechenden Urtheile dieser beiden Revisionsgerichte, da es sich in ihnen formell nicht um römisches, sondern um bayerisches resp. württembergisches Recht handelt, der Kognition des höchsten Gerichtshofes nicht ferner unterworfen werden dürfen, während der höchste Gerichtshof selbst über den gleichen römischrechtlichen Rechtssatz, weil sich derselbe auch in den Justinianischen Digesten findet, eine dritte Ansicht ausgesprochen —; so wird man sich im Interesse der Einheit der Rechtsprechung schwerlich dabei beruhigen dürfen, zu sagen, die Einheit des württembergischen Rechtes werde durch das württembergische, die des bayerischen durch das bayerische Revisionsgericht und die des römischen Rechtes durch den höchsten Gerichtshof gewahrt; sondern man wird das sachliche Resultat im Auge behalten und demgemäß nicht darüber fortkommen, daß trotz der Einsetzung eines zur Wahrung der Rechtseinheit bestimmten Gerichtshofes dennoch, und zwar in Folge der Zufälligkeiten der Gerichtsorganisation, die gleiche Rechtsvorschrift hier so und dort anders gehandhabt wird.

Die Rechtseinheit kann doch nur gewahrt werden, wenn für die ihrem Inhalte nach gleichen Rechtsvorschriften ein höchster Gerichtshof zum Wächter der Rechtseinheit bestimmt wird; nicht dann, wenn von den Formalitäten, unter welchen die betreffende Rechtsvorschrift Gültigkeit erlangte, deren Geltungsgebiet abhängig gemacht wird. Werden die Gedanken des Entwurfes realisirt, so wird sich als Resultat ergeben, daß die Frage, ob eine Gesetzesvorschrift nach ihrem Inhalte oder nach den Formalitäten, durch welche sie Gesetzeskraft erlangte, als gemeinrechtliche oder als partikularrechtliche zu beurtheilen sei, davon abhängen, ob für einen Staat nur eins, oder ob mehr als ein Revisionsgericht eingerichtet werden sollte.

Außer dem römischen Rechte bildet ja aber auch das deutsche Recht einen Theil des „gemeinen Rechtes“. Und was die Geltung des deutschen Rechtes anbetrifft, so kann zunächst gewiß nicht in Abrede gestellt werden, daß Rechtsvorschriften einzelner deutschrechtlicher Rechtsquellen — es wird namentlich an den Sachsenspiegel und an das Lübische Recht zu erinnern sein — Geltung haben nicht blos wegen des Inhaltes der Rechtsvorschrift, sondern auch wegen des formellen Umstandes, daß dieser Rechtssatz eine Rechtsvorschrift gerade dieser Rechtsquelle ist. Die „Begründung“ (S. 426) verkennt nun zwar

nicht, daß über derartige Rechtsvorschriften verschiedene Revisionsgerichte Entscheidungen zu treffen haben werden. Zugleich wird aber auch in Aussicht gestellt, daß sich diese Rechtsvorschriften in der Anlage A. zu §. 4 des Einführungsgesetzes vorfinden und somit der Kognition des höchsten Gerichtshofes entzogen bleiben werden. Daß demgemäß die gleichen Rechtsnormen — und hier sprechen wir ja nur von deutschrechtlichen Rechtsnormen — von verschiedenen Revisionsgerichten werden in Anwendung zu bringen sein, und daß daraus Verschiedenheit und nicht Einheit der Rechtsprechung sich ergeben werde, ist unzweifelhaft, wird auch von der „Begründung" keineswegs verkannt. Wenn indessen die „Begründung" S. 54 mit dieser Schwierigkeit dadurch fertig zu werden glaubt, daß dieselbe sagt: „Daß eine solche Rechtsnorm auch der Kognition eines anderen Revisionsgerichtes unterliegen kann, ist richtig, wird jedoch als etwas rein Zufälliges außer Betracht bleiben müssen"; so ist das gewiß nicht richtig. Die Art und Weise, wie das lübische Recht, wie das Sachsenspiegelrecht sich in Deutschland erhalten, ist ebenso sehr und ebenso wenig etwas Zufälliges, als die Art und Weise, wie die Reception des römischen Rechtes in Deutschland stattgefunden hat, oder als die Art und Weise, wie diese oder jene Staaten Deutschlands in früherer oder späterer Zeit sich ihre Partikulargesetzgebungen gemacht haben. An die historische Zufälligkeit oder Nothwendigkeit dieser oder jener rechtsgeschichtlichen Erscheinungen lassen sich keine Konsequenzen weder für die bevorstehende Organisation der Revisionsgerichte, noch auch für die Kompetenz des höchsten Gerichtshofes knüpfen. Vielleicht sollte aber durch jene „Zufälligkeit" nur ausgedrückt werden, daß derartige Verschiedenheiten der Rechtsprechung verschiedener Revisionsgerichte praktisch von keinem großen Belange sein werden, und daß sie deshalb außer Acht bleiben könnten. Indessen auch dieses wird nicht zuzugeben sein. Denn die Einheit der Rechtspflege ist doch nicht etwas, was an und für sich erstrebt werden müßte; sondern, wenn man die Einheit der Rechtsprechung erstrebt, so geschieht dies doch im Interesse der Rechtsuchenden, und diesem Interesse muß die Gesetzgebung doch gerecht werden, unangesehen ob die Rechtsquelle, um deren Anwendung es sich handelt, jährlich in tausend oder nur in zehn Prozessen zur Anwendung kommt. Man könnte indessen vielleicht mit der „Begründung" sich dafür entscheiden, die Verschiedenartigkeit der Rechtsprechung in Beziehung auf ein und dieselbe Rechtsquelle, um der verhältnißmäßig geringeren Zahl

der in Betracht kommenden Rechtsstreitigkeiten, nicht weiter zu berücksichtigen, wenn nur die thatsächlichen Verhältnisse anders lägen, als dies in Wirklichkeit der Fall ist. Wenn beispielsweise das lübeckische Recht außer in Lübeck nur vielleicht noch in einigen am Bodensee liegenden Gebieten Geltung hätte, so würde es, im Ganzen genommen, nicht viel darauf ankommen, ob das Revisionsgericht, zu dessen Bezirk jener Distrikt an den Ufern des Bodensee's gehört, die Frage des lübeckischen Rechtes anders entscheidet als dasjenige Revisionsgericht, zu dessen Bezirk Lübeck gehört. Wenn aber, wie dies ja thatsächlich der Fall, das lübeckische Recht in unmittelbar an einander grenzenden Gebieten gilt, in Gebieten, deren gegenseitiger Verkehr durchaus kein unbedeutender ist, und dann die gleiche Rechtsvorschrift in Pommern anders gehandhabt wird als in Mecklenburg, und in Mecklenburg vielleicht anders als in Lübeck, so würde für diese Landstriche im Verhältniß zu den gegenwärtig bestehenden Verhältnissen allerdings nichts verschlechtert werden, aber auch der Begriff der durch das deutsche Reich zu gewährenden Einheit des Rechtes schwerlich zum klaren Bewußtsein gelangen.

Doch, insoweit das auf deutschrechtlichen Quellen beruhende Privatrecht dem gemeinen Rechte zuzuzählen ist, besteht dasselbe ja nicht in der formellen Geltung dieser oder jener Bestimmungen einzelner deutscher Rechtsquellen, sondern in Rechtsgrundsätzen, welche durch die Wissenschaft als die allgemein leitenden Ideen aus deutschen Rechtsquellen entwickelt wurden. (Stobbe, Deutsches Privatrecht S. 35.) Nun sagt die „Begründung“ (S. 426): „So fällt z. B. das gemeine deutsche Privatrecht unbedenklich in den Bereich der Oberrevision, aber zweifelhaft erscheint es, ob man das Recht als gemeines deutsches Recht bezeichnen darf, da sich die rechtliche Existenz eines solchen bestreiten läßt und jedenfalls dessen Geltung nach Grund und Umfang in den verschiedenen Staaten und Landschaften sich sehr verschiedenartig gestaltet hat (vgl. Stobbe, Privatrecht I. S. 35 ff.)“. Das heißt mit anderen Worten gesagt, diejenigen Rechtsgrundsätze des deutschen Privatrechtes, welche als gemeinrechtlich geltend anerkannt werden, sollen zur Kompetenz des Oberrevisionsgerichtes gehören; diejenigen dagegen, welche nur eine partikularrechtliche Geltung haben, diesem Gerichtshofe entzogen bleiben; es müßte denn sein, daß auch die letzteren in mehr als einem Revisionsgerichtsbezirke Geltung hätten, in welchem Falle auch auf die Verletzung dieser Rechtsgrundsätze die Oberrevision gestützt werden könnte. Damit ist denn aber von der „Begründung“ eine Unterscheidung

angedeutet, deren speciellere Durchführung auf dem Wege der Gesetzgebung nicht möglich ist. Auch scheint die „Begründung“ selbst hierauf verzichten zu wollen, indem sie ausführt:

„Durch die Aufzählung wird kein Anhalt für die Entscheidung der schwierigen Frage gewonnen, ob und in wie weit z. B. ein Institut“ — sagen wir richtiger: ein Rechtssatz — „als gemeinrechtlich oder als partikularrechtlich zu gelten hat, eine Frage, welche nur für den einzelnen Fall und unter Berücksichtigung aller einschlagenden Umstände zutreffend entschieden werden kann.“

Ich glaube, die „Begründung“ hat in diesen Worten so vollkommen Recht, daß sich kaum etwas dagegen einwenden lassen dürfte. Die Folge von dieser Ansicht wird aber doch ganz gewiß nur die sein, daß wenn ein Rechtssatz des deutschen Rechtes verletzt wurde, die Frage nach der Zulässigkeit der Oberrevision davon abhängig bleibt, ob der fragliche Rechtssatz gemeinrechtliche oder partikularrechtliche Geltung hat, und ob, wenn letzteres der Fall, die partikularrechtliche Geltung sich über einen oder über mehr als einen Revisionsgerichtsbezirk erstreckt. Wenn nun, wie die „Begründung“ dies vollkommen richtig nachweist, diese Frage nur für den einzelnen Fall, nur unter Berücksichtigung aller einschlagenden Umstände zutreffend entschieden werden kann, so bleibt nur noch übrig, zu bestimmen, von wem diese Frage auf die angegebene Weise entschieden werden soll. Doch ist eine derartige Bestimmung zu treffen wohl kaum erforderlich, da es sich von selbst versteht, daß der höchste Gerichtshof selbst in die Lage gesetzt werden muß, über seine Kompetenz zu befinden; — das Entgegengesetzte, nämlich daß die Revisionsgerichte über die Zulässigkeit der Oberrevision entscheiden sollten, hätte einer besonderen Vorschrift bedurft, und da eine solche fehlt, so kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß der Entwurf stillschweigend von derselben Voraussetzung ausgegangen ist, von welcher auch hier ausgegangen wird. — Ist dies nun aber der Fall, so muß der höchste Gerichtshof doch vor Allem darüber befinden, ob der betreffende Rechtssatz als gemeines, ob als partikuläres, und, in letzterem Falle, in welchen Revisionsgerichtsbezirken derselbe gilt. Die Entscheidung über diese Frage wird ohne voraufgegangenes Gehör der Parteien kaum zu treffen sein, und wird sich überhaupt nur durch eine eingehende Prüfung des in Frage stehenden Rechtssatzes ermöglichen lassen; durch eine Prüfung, die, wenn sie zur Beantwortung der präjudiciellen Frage in ausreichender Weise angestellt ist, auch ausreichend

sein wird, um über die Sache selbst zu entscheiden, selbst wenn sich ergeben sollte, daß der Rechtssatz, dessen unrichtige Anwendung die Partei gerügt, eine partikuläre, über die Grenzen eines Revisionsgerichtsbezirkes nicht hinausgehende sei.

Wenn also der höchste Gerichtshof, um über seine Kompetenz entscheiden zu können, in das ganze Gebiet der partikularrechtlichen Rechtsordnungen sich vertiefen muß, warum soll diese Arbeit mit dem Ausspruch abschließen: mithin erkläre ich mich für nicht kompetent; warum soll nicht vielmehr der höchste Gerichtshof in der Sache selbst entscheiden, wenn er gefunden, daß der in Frage stehende Rechtssatz seinem richtig aufgefaßten Inhalte nach nur von partikulärer Bedeutung sei. Die Einheit der Rechtsordnung würde hierdurch nicht beeinträchtigt werden. Wohl aber könnte ein anderes Resultat eintreten, welches das Ansehen des höchsten Gerichtshofes schwer zu schädigen geeignet wäre. Nehmen wir den Fall an, die Revision sei auf die Verletzung einer Rechtsnorm des deutschen Privatrechtes gestützt. Es entsteht unter den Parteien Streit darüber, ob die Rechtsnorm eine solche sei, auf welche nach §. 498 die Oberrevision gestützt werden darf. Da wird es denn doch zunächst darauf ankommen, den fraglichen Rechtssatz seinem wahren Inhalte nach herauszustellen. Und nun ergebe diese Prüfung folgendes: Einen solchen Rechtssatz, wie ihn das Revisionsgericht angewendet, giebt es überhaupt nicht; sondern derjenige Rechtssatz, den das Revisionsgericht bei seiner Entscheidung im Auge gehabt, hat einen andern als den vom Revisionsgerichte angegebenen Inhalt und wäre diesem seinem wahren Inhalte gemäß auf den vorliegenden Rechtsstreit auch gar nicht in Anwendung zu bringen gewesen. Der richtige Rechtssatz gilt nun aber nicht, wie der Revisionskläger behauptet, innerhalb der Bezirke von zwei Revisionsgerichten, sondern nur und allein in dem Bezirke desjenigen Revisionsgerichtes, welches das angefochtene Urtheil abgegeben hat. Und da nun §. 498 das Oberrevisionsrecht anweist, die Entscheidung des Revisionsgerichtes über das Bestehen und den Inhalt von Rechtsnormen, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Revisionsgerichtes hinaus nicht erstreckt, für maßgebend zu erachten, so muß die unrichtige Entscheidung des Revisionsgerichtes für richtig erklärt und das Rechtsmittel der Oberrevision als unzulässig verworfen werden. —

Wenn man freilich von der Voraussetzung ausgehen könnte, daß die Frage, ob ein Rechtssatz nur innerhalb des Bezirkes eines Revisions-

gerichtes Geltung habe, oder ob seine Geltung sich über die Bezirke mehrerer Revisionsgerichte erstrecke, niemals zweifelhaft werden könne, so würden Mißstände, wie der eben angedeutete, außer Betracht bleiben. Da indeß diese Voraussetzung unzulässig ist, da man im Gegentheil bei der gegenwärtigen Beschaffenheit des Rechtszustandes in Deutschland von der Voraussetzung ausgehen muß, daß über den Geltungsbereich eines Rechtssatzes recht oft Streit entstehen werde, so wird man auch daran denken müssen, dem höchsten Gerichtshofe nicht Entscheidungen zuzumuthen, welche sein Ansehen zu untergraben wohl geeignet sind; wobei noch bemerkt werden mag, daß bei derartigen Entscheidungen in der Sache nichts geändert wird, wenn auch die von dem höchsten Gerichtshofe ausgesprochenen Entscheidungsgründe die Mißlichkeit seiner Stellung nicht ganz so unumwunden ausdrücken sollten, als dies hier geschehen ist.

Das Gesagte wurde zunächst dadurch veranlaßt, daß der höchste Gerichtshof zwar auch über Rechtsgrundsätze des deutschen Privatrechtes, aber nur über solche, deren Geltung sich über die Bezirke mehrerer Revisionsgerichte erstreckt, entscheiden solle. Doch glaube ich, daß auch die Anwendung römisch-rechtlicher Grundsätze zu den gleichen Uebelständen führen wird.

Geht man nämlich von der Voraussetzung aus, daß zur Kompetenz des höchsten Gerichtshofes die Vorschriften des römischen Rechtes gehören, mögen diese nun durch die Reception der Justinianischen Gesetzbücher oder durch die Publication der Partikulargesetzbücher Geltung erlangt haben, so werden Streitigkeiten darüber, ob die fragliche Rechtsvorschrift eine in das Partikularrecht aufgenommene römisch-rechtliche, oder eine der Partikulargesetzgebung eigenthümliche sei, nicht zu beseitigen sein. Sollen nun derartige Streitigkeiten von dem höchsten Gerichtshofe entschieden werden, so erfordert dies ein Eingehen auf die Bedeutung des partikulären Rechtes, wie es in nicht höherem Grade erforderlich ist, wenn es Aufgabe des höchsten Gerichtshofes wäre, nicht blos über Revisionen, welche sich auf römisch-rechtliche, sondern auch über solche Revisionen zu entscheiden, welche sich auf Bestimmungen des partikulären Rechtes stützen. Der Kognition des höchsten Gerichtshofes würden somit auch nicht die dem Partikulargesetze eigenthümlichen Bestimmungen entzogen bleiben, wenn auch — nach der Ansicht des Entwurfes, wie dieselbe hier vorausgesetzt wird — diese Kognition

nicht zur Entscheidung der Sache selbst, sondern nur zur Entscheidung der Vorfrage führen kann, ob der höchste Gerichtshof zu entscheiden oder nicht zu entscheiden hat.

Stellt man sich dagegen auf den formellen Standpunkt, d. h. geht man davon aus — was bei der Fassung des Entwurfes und den Ausführungen der Begründung ebenfalls möglich ist — daß ohne Rücksicht auf den Inhalt der Bestimmungen, Partikularrecht alles dasjenige sei, was einmal als Gesetz von einem Staate publicirt wurde, so gestaltet sich die Sache um nichts günstiger.

Zunächst nämlich würde nicht einzusehen sein, weshalb dieser bestimmte Rechtssatz zur Begründung der Oberrevision nicht geeignet sein solle, wenn er in einem partikulären Gesetzbuche enthalten ist, obwohl doch derselbe Rechtssatz zur Begründung der Revision sehr wohl geeignet ist, falls nur seine Geltung auf die Thatsache der Reception des Justinianischen Rechtes, oder auf den Umstand gestützt werden kann, daß seine Aufnahme in ein Partikulargesetzbuch erfolgt ist, dessen Wirksamkeit sich über mehrere Revisionsgerichtsbezirke erstreckt.

Und hiervon abgesehen, wo eine Generalcodification nicht stattgefunden hat, gilt doch das römische Recht als **subsidäres** Recht. Der höchste Gerichtshof wird also doch zu entscheiden haben, ob die Bestimmungen des subsidären Rechtes in dem vorliegenden Falle **nicht**, oder nicht richtig angewendet seien. Diese Entscheidung kann aber doch gar nicht anders getroffen werden als dadurch, daß man zunächst die Bestimmungen des **partikulären** Rechtes kennen lernt, um zu erfahren, ob das römische Recht als subsidäres Recht hätte zur Anwendung kommen müssen, oder ob dem subsidären Rechte durch das partikuläre Recht derogirt sei. Bis zu welchen speziellen Untersuchungen dies unter Umständen führen kann, dafür möchte ich als Beleg einen Rechtsfall anführen, der unlängst von dem Oberappellationsgericht zu Lübeck entschieden wurde. Die Frage bestand im Wesentlichen darin, ob die Vorschrift der Nov. 72 Kap. 4 — der zur Vormundschaft Berufene soll eine ihm gegen den Minorennen zustehende Forderung bei Strafe des Verlustes dieser Forderung vor Uebernahme der Vormundschaft anmelden — durch die **bremische** Vormundschaftsordnung von 1826 außer Kraft gesetzt sei, oder ob neben diesem partikulären Gesetze die angeführte Vorschrift des römischen Rechtes als subsidäres Recht noch Gültigkeit behalten habe. Das Oberappellationsgericht entschied sich

für Letzteres und ich führe aus den Entscheidungsgründen folgende Stelle an:

„Was die heutige Anwendbarkeit der in Nov. 72 Kap. 4 enthaltenen Bestimmung anbetrifft, so ist diese für das Geltungsgebiet des gemeinen Rechtes, namentlich für Hannover und Oldenburg (Seuffert 19, 101) außer Zweifel, wie denn auch das O.-A.-G. nach Frankfurt hin sich für die praktische Gültigkeit erklärt hat und in dem Hamburger Statut T. 6. Art. 14 die betreffende Vorschrift aus dem römischen Rechte herübergenommen ist. — Es fragt sich daher nur, ob das bremische Recht, insonderheit die Vormundschaftsordnung von 1826, die betreffende Vorschrift aufgehoben habe. Selbstverständlich ist es, daß dies aus der Bezeichnung „Vormundschaftsordnung“ keinesweges folgt, wie denn aus dieser Bezeichnung ebensowenig gefolgert werden kann, daß die Vormundschaftsordnung den Charakter einer umfassenden Codification des Vormundschaftsrechtes habe. Denn in der That ist der Vormundschaftsordnung dieser Charakter einer umfassenden Codification abzusprechen. In den Ländern des gemeinen Rechtes, insbesondere auch in Bremen, war der Charakter der Gesetzgebung in den zwanziger Jahren kein durchgreifend reformatorischer, sondern diente wesentlich nur zur Ergänzung und Verbesserung der Grundsätze des gemeinen Rechtes. Eine Aufhebung der Vorschriften des gemeinen Rechtes darf daher nur angenommen werden, soweit der Inhalt des neuen Gesetzes mit jenem unvereinbar ist. Dies trifft aber für das Verhältniß der bremischen Vormundschaftsordnung zu Nov. 72 Kap. 4 nicht zu. Justinian bestimmte, daß die Berufung eines Gläubigers oder Schuldners des Mündels zu dessen Vormundschaft unstatthaft sein solle. Wer also bei der Berufung zur Vormundschaft die Forderung verschweigt, soll die Klage verlieren. Die bremische Vormundschaftsordnung (§. 23) setzte nun an Stelle der absoluten Vorschrift des römischen Rechtes das richterliche Ermessen. In allen Fällen, wo Vormund und Mündel vor Gericht Gegner sind oder werden können, bei der Berufung oder während der Verwaltung (§. 50) soll das Hinderniß sofort beseitigt werden, durch Vergleich, Regulirung der Schuld u. s. w. oder Bestellung eines Interims-Vormundes. Ganz verschieden von dieser Frage ist aber die zweite,

durch welche Mittel das Hinderniß zu entdecken und welche Folgen die Nichtbenutzung der hierauf abzielenden gesetzlichen Vorschriften, also die Verschweigung habe. Ueber diese zweite Frage enthält die Vormundschaftsordnung kein Wort. Es läßt sich mithin die Beantwortung dieser Frage nicht aus ihr, sondern nur aus dem daneben fortwährend gültigen gemeinen Rechte entnehmen."

Dieser Rechtsfall scheint mir überaus lehrreich zu sein, um zu zeigen, wie sehr es erforderlich wird, den Sinn speciellster Vorschriften unzweifelhafter Partikulargesetze festzustellen, nicht um den Rechtsstreit selbst auf Grund der Bestimmungen des Partikulargesetzes zu entscheiden, sondern um entscheiden zu können, daß für die Entscheidung des Rechtsstreites nicht das partikuläre Recht, sondern das gemeine Recht in Anwendung zu bringen sei. In dem mitgetheilten Falle hatte das bremische Obergericht, das Gericht zweiter Instanz, sich dahin entschieden, daß durch das Partikulargesetz die römisch-rechtliche Vorschrift beseitigt sei. Dies gab Veranlassung zur Oberappellation. Hätte die Partei nach Maßgabe des §. 498 die Oberrevision ergriffen, so hätte sie ihr Rechtsmittel darauf gestützt, daß eine Rechtsnorm (Nov. 72 Kap. 4), deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Revisionsgerichtes hinaus erstreckt, nicht angewendet worden sei. Ob das zukünftige Oberrevisionsgericht bei Entscheidung dieser Sache mit dem Lübecker Oberappellationsgericht zu dem gleichen Resultat gelangen werde, muß natürlich dahin gestellt bleiben; daß jedoch die Methode der Untersuchung auch für dieses Gericht keine andere wird sein können, ist wohl unzweifelhaft. Denn in allen Fällen, in denen Streit darüber entsteht, ob durch ein Partikulargesetz das gemeine Recht außer Kraft gesetzt sei, wird diese Frage niemals aus dem gemeinen Rechte allein sondern immer nur aus einer Vergleichung des Inhaltes des partikulären Gesetzes mit den Vorschriften des gemeinen Rechtes entnommen werden können. Ein Gerichtshof aber, dem die Aufgabe gestellt wird, zu entscheiden, ob durch die Bestimmungen des partikulären Rechtes die Vorschriften des gemeinen Rechtes beseitigt seien, dem darf auch die Aufgabe gestellt werden, auf Grund partikulärer Rechtsnormen den Rechtsstreit selbst zu entscheiden. Denn ihrem juristischen Wesen nach ist die eine Aufgabe von der andern nicht verschieden.

Nun enthält zwar §. 498 Abs. 3 folgende Vorschrift:

„Die Entscheidung des Revisionsgerichtes über das Bestehen und den Inhalt von Rechtsnormen, auf deren Verletzung die Ober-

revision nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Oberrevision ergehende Entscheidung maßgebend.“ [1])

Schwerlich aber wird man unter Hinweisung auf diese Vorschrift die Behauptung aufstellen wollen, daß eine Entscheidung, wie die vorstehende, von dem zukünftigen Oberrevisionsgerichte gar nicht getroffen werden könne, da ja das partikuläre Gesetz ein solches sei, auf welches die Oberrevision nicht gestützt werden dürfe, und demgemäß der vom Revisionsgericht festgestellte Inhalt des partikulären Gesetzes für die auf die Oberrevision ergehende Entscheidung maßgebend sein müsse. Wäre dieses aber der Fall, so würde das Oberrevisionsgericht haben sagen müssen, daß, da nach dem Urtheil der zweiten Instanz die gemeinrechtliche Rechtsnorm durch das Partikulargesetz beseitigt sei, so müsse es auch bei dieser Entscheidung sein Bewenden haben.

In dieser Weise darf man nicht argumentiren, und zwar deswegen nicht, weil die Oberrevision allemal dann erhoben werden kann, wenn dieselbe darauf gestützt wird, daß eine Rechtsnorm, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Revisionsgerichtes hinaus erstreckt, nicht oder nicht richtig angewendet worden. Die Veranlassung zu einer Beschwerde darüber, daß die Vorschriften des gemeinen Rechtes nicht angewendet seien, ist aber ebenso in dem Falle vorhanden, wenn die Anwendung desselben in Folge des Mißverständnisses des partikulären Rechtes, als wenn dieselbe in Folge des Mißverständnisses des gemeinen Rechtes unterblieb. Daher paßt denn auch die Vorschrift des §. 498 Abs. 3 überhaupt nur auf solche Fälle, in denen von einem Konflikt über die Anwendbarkeit des gemeinen oder des partikulären Rechtes gar nicht die Rede ist.

Wollte man aber dem §. 498 Abs. 3 den Sinn beilegen, daß die Entscheidung des Revisionsgerichtes über die Bestimmungen des partikulären Rechtes auch dann maßgebend sei, wenn von dieser Entscheidung die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit einer gemeinrechtlichen Rechtsnorm abhängig wird, so würde diese Intention des Gesetzes — namentlich im Hinblick auf §. 498 Abs. 2 — deutlicher auszudrücken gewesen sein. Doch kommt es nicht auf die Form, sondern

[1]) Die „Begründung“ sagt über §. 498 Abs. 3 und 4 nur: „Die Vorschriften des §. 498 Abs. 3, 4 sind Konsequenzen der Bestimmungen des zweiten Absatzes von §. 498. Die praktische Wichtigkeit derselben ließ es wünschenswerth erscheinen, sie im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen.

auf den Gedanken des Gesetzes an. Dieser aber ist in klarster Weise dahin ausgesprochen, daß der höchste deutsche Gerichtshof dazu bestimmt sei, die Einheit des Rechtes zu wahren. Aus diesem Grunde werden seiner Judikatur unterworfen Streitigkeiten über Rechtsnormen, hinsichtlich deren eine Uebereinstimmung in der Rechtsprechung dem Entwurfe zu einer Civilprozeßordnung nothwendig erschien. Zu diesen Rechtsnormen, hinsichtlich deren die Einheit der Rechtsprechung als nothwendig anerkannt wird, gehört auch das gemeine deutsche Recht. Die Konsequenz hiervon ist, daß die Frage, ob das gemeine Recht richtig zur Anwendung gebracht sei, der Kognition des höchsten Gerichtshofes nicht blos dann zu unterstellen ist, wenn die Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Rechtsnorm an sich unstreitig und streitig nur der Inhalt dieser jedenfalls in Anwendung zu bringenden Rechtsnorm ist, sondern daß zur Kompetenz des obersten Gerichtshofes auch die Fragen gehören, welche durch den Konflikt des gemeinen und des partikulären Rechtes entstehen. Denn zweierlei ist nur möglich. Entweder die Einheitlichkeit des gemeinen Rechtes ist das Wichtigere — und dann kann über die Frage, ob das gemeine Recht durch Partikularrecht derogirt sei, endgültig nur durch dasjenige Gericht befunden werden, welchem der Schutz des gemeinen Rechtes anvertraut ist; oder das Wichtigere ist das partikuläre Recht; — dann freilich wird es konsequent sein, zu sagen, daß das Geltungsgebiet des gemeinen Rechtes vom Standpunkte des partikulären Rechtes und durch diejenigen Gerichte zu bestimmen sei, denen an erster Stelle der Schutz des partikulären Rechtes übertragen wurde. In diesem letzteren Falle würde dann freilich das Geltungsgebiet des gemeinen Rechtes und damit auch die Kompetenz des höchsten Gerichtshofes durch die für letzteren Gerichtshof unanfechtbaren Entscheidungen der Revisionsgerichte bestimmt werden, und das käme einer Unterordnung des höchsten Gerichtshofes unter die Revisionsgerichte vollkommen gleich. Man erwäge nur, daß die Frage über Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der Partikulargesetze nicht blos im Verhältnisse zu dem sogen. gemeinen Rechte, sondern ebenso auch im Verhältnisse zu den Reichsgesetzen in Frage kommt, und mit jedem Schritt, den die Reichsgesetzgebung vorwärts thut, immer weiter in Frage kommen wird. Würde es dem Revisionsgerichte gestattet, endgültig zu entscheiden, daß, weil dies Partikulargesetz so und so zu verstehen sei, die Anwendbarkeit des gemeinen Rechtes ausgeschlossen bleibe, so würden die Revisionsgerichte auch die Befugniß

haben, endgültig zu erklären, daß z. B. nicht das deutsche Handelsgesetzbuch, sondern ein neben demselben bestehendes Partikulargesetz in Anwendung zu bringen sei. Und da auch in Zukunft nach Erlaß des allgemeinen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches neben diesem noch partikularrechtliche Normen bestehen bleiben werden, so müßten auch dann die Revisionsgerichte endgültig darüber entscheiden, ob die Vorschriften des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches oder ob die neben demselben in Geltung bleibenden partikularrechtlichen Normen in Anwendung kämen. Das würde dann freilich nichts anderes heißen, als daß zwar ein höchster Gerichtshof eingesetzt wird, der Partikularismus aber darüber befindet, worüber der höchste Gerichtshof zu entscheiden habe. Dies kann aber unmöglich die Tendenz des Entwurfes gewesen sein;[1]) und so darf denn auch eine Interpretation des §. 498 Abs. 3, welche zu diesem Resultate führen muß, als eine unmögliche bei Seite gelassen werden.

Wenn demnach nur angenommen werden kann, daß der Entwurf im Interesse der Rechtseinheit die Frage, ob gemeines Recht oder partikuläres Recht in einem bestimmten Falle zur Anwendung zu bringen sei, der endlichen Entscheidung des höchsten Gerichtshofes nicht habe vorenthalten wollen, so ist oben gezeigt, daß derartige Entscheidungen ohne genauestes Eingehen auf die Vorschriften der Partikulargesetze nicht getroffen werden können.

Und noch aus einem weiteren Grunde würde es nicht möglich sein, daß der höchste Gerichtshof dieser Aufgabe sich entziehen könnte.

Denn nach §. 498 Abs. 1 sollen im Allgemeinen auf die Oberrevision die gleichen Vorschriften Anwendung finden, welche für die Revision getroffen sind. Nun bestimmt aber §. 479:

> „Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes oder auf der unrichtigen Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft beruhe."

Es wird mithin auch die Oberrevision darauf gestützt werden können, daß das Revisionsgericht eine Urkunde über ein Rechtsgeschäft unrichtig ausgelegt habe. Die „Begründung" bestätigt dies, indem sie S. 428 ausführt:

---

[1]) Ist doch auch in dem Entwurfe zu einer Strafprozeßordnung in keiner Weise davon die Rede, daß Entscheidungen der Revisionsgerichte über solche Strafgesetze, welche nach §. 2 des Einführungsgesetzes neben dem Reichsstrafgesetzbuche in Kraft bleiben, für die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes maßgebend sein sollen.

„Der Entwurf konnte kein Bedenken tragen, wie die Revision, so auch die Oberrevision auf die Nachprüfung der Auslegung von Urkunden über Rechtsgeschäfte zu erstrecken.

Zahlreiche Geschäftsurkunden enthalten bestimmte, fest formulirte Klauseln; die Auslegung derselben hat ein allgemeines, über die Entscheidung des einzelnen Falles weit hinausreichendes Interesse. Außerdem kommen zahlreiche Urkunden vor, welche — einen Bestandtheil urkundlich fixirter Rechtsgeschäfte bildend — in ihrer materiellen Bedeutung Gesetzen gleichstehen, wenn nicht dieselben überragen. Es mag in dieser Beziehung an die Bedingungen, auf Grund welcher die Seeassecuranzgesellschaften contrahiren, an die Reglements der großen Verkehrsanstalten, auf welchen die mit denselben abgeschlossenen Frachtverträge beruhen, an die Usancen der großen Börsenplätze, welche für die Beurtheilung der auf Grund derselben eingegangenen Verträge maßgebend sind, erinnert werden. Die Auslegung aller dieser Urkunden hat eine gleiche Tragweite, wie die Interpretation von Gesetzen, sie kann von Bedeutung für die Abwickelung der bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte werden, und muß die Richtschnur für den Abschluß zahlloser Rechtsgeschäfte bilden. Bei der Entwickelung und Ausdehnung des Verkehres muß es insbesondere der Handelsstand schwer empfinden, wenn dieselbe Bestimmung von den verschiedenen deutschen Gerichten verschieden ausgelegt wird, wenn nicht nur die Entscheidungen des Handelsgerichtes und des Oberlandesgerichtes differiren, sondern auch die Anschauungen der verschiedenen deutschen Oberlandesgerichte auseinandergehen. Das Motiv, welches die Eröffnung einer dritten Instanz vor einem obersten Gerichtshofe rechtfertigt, die Erhaltung der Einheit des Rechtes und der Rechtspflege trifft in gewissem Umfange auch für die Auslegung von Urkunden zu.“

An und für sich ist hiergegen gewiß nichts einzuwenden. Nur das ist auffallend, daß wenn die „Begründung“ der Auslegung von Urkunden eine gleiche Tragweite beilegt, wie der Interpretation von Gesetzen, so doch keinesweges a l l e unrichtig interpretirten Gesetze zur O b e r revision Veranlassung geben. Für die R e vision mag man sagen können: Auslegung von Urkunden und Interpretation von Gesetzen stehen einander gleich. Aber darf man deshalb auch sagen: Auslegung von Urkunden und Interpretation solcher Gesetze, deren Verletzung zur

Oberrevision Veranlassung giebt, stehen einander gleich? Unter den Gesetzen wird doch in Bezug auf die Revision und die Oberrevision unterschieden, bei den Urkunden über Rechtsgeschäfte hat man einen analogen Unterschied, wie bei den Gesetzen, nicht gemacht. Allerdings! es war nicht möglich zu sagen: Die Revision kann auf die unrichtige Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft nur dann gestützt werden, wenn der Geltungsbereich der Urkunde sich über den Bezirk des Revisionsgerichtes hinaus erstreckt — aber da man solches nicht sagen konnte, so war hiervon die Folge, daß hinsichtlich der Oberrevision die Urkunden über Rechtsgeschäfte und zwar jegliche Urkunden über Rechtsgeschäfte jeglicher Art bei weitem günstiger gestellt sind, als Gesetze.

Zwar wenn man die oben mitgetheilte Stelle der „Begründung" liest, so scheint es, als ob man die Oberrevision wesentlich mit Bezug auf die bei Handelssachen vorkommenden Urkunden habe rechtfertigen wollen. Aber zugelassen ist die Oberrevision in Bezug auf Urkunden über Rechtsgeschäfte jeder Art. Dies ist zweifellos um deswillen, weil §. 498 eine Beschränkung hinsichtlich der Urkunden nicht aufgestellt hat, auch der Begriff der „Handelssachen" für die dritte Instanz aufgegeben ist. Wird demnach die Oberrevision gestützt werden dürfen auf die unrichtige Auslegung einer jeden Urkunde über ein Rechtsgeschäft, so könnte nur noch in Frage kommen, ob etwa eine restrictive Interpretation des Wortes „Rechtsgeschäft" zu einer Beschränkung der Oberrevision führen würde. Dies muß indessen unter Bezugnahme auf S. 415 der „Begründung" in Abrede gestellt werden. Hier heißt es:

„Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist nicht unbestritten; der Streit entbehrt aber, insoweit es sich um urkundlich fixirte Rechtsgeschäfte handelt, der praktischen Bedeutung. Der Entwurf hat daher kein Bedenken getragen, sich des generellen Ausdruckes „Rechtsgeschäftes" zu bedienen und sich einer Erläuterung desselben durch Beifügung von Beispielen zu enthalten. Darunter fallen einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte, Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall — Verträge, Testamente, Codicille. Dahin gehören auch die Bedingungen der Versicherungsgesellschaften, die Reglements der Verkehrsanstalten, die urkundlich fixirten Börsenusancen u. s. w., insofern sie einen Theil der auf Grund derselben abgeschlossenen Verträge bilden. Ferner sind

hierher zu rechnen Fideikommißstiftungen, Familienstiftungen, autonomische Beliebungen des hohen Adels, insofern ihnen nicht der Charakter einer lex specialis beigelegt werden muß."

Anlangend die Schlußworte, so könnte es hinsichtlich der Oberrevision zweifelhaft werden, ob auf die unrichtige Auslegung einer Urkunde, welche eine autonomische Beliebung des hohen Adels enthält, wenn derselben der Charakter einer lex specialis beizulegen wäre, die Oberrevision gestützt werden dürfte. Denn die lex specialis ist Gesetz; und auf unrichtige Anwendung eines Gesetzes darf die Oberrevision ja nur gestützt werden, wenn das Gesetz in mehr als einem Revisionsgerichtsbezirke gilt. Man wird freilich annehmen dürfen, daß autonomische Beliebungen, welche den Charakter einer lex specialis haben, bedeutsamere sein werden als diejenigen, bei denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, und wird demzufolge einen Widerspruch darin finden, daß die minder bedeutsamen autonomischen Beliebungen allemale, die bedeutsameren nur dann zur Oberrevision berechtigen sollen, wenn ihre Geltung auf den Bezirk eines Appellationsgerichtes nicht beschränkt ist. Doch dies nur beiläufig.

Wichtiger ist, daß, wenn die Oberrevision auf die unrichtige Auslegung einer Urkunde gestützt werden soll, das Oberrevisionsgericht die Auslegung der Urkunde selbst wird vornehmen müssen. Zur Auslegung von Urkunden über Rechtsgeschäfte wird aber doch auch dasjenige Recht, unter dessen Zugrundelegung die Urkunde ausgestellt wurde, mitbenutzt werden müssen, und es ist klar, daß dieses Recht keinesweges immer ein solches sein wird, dessen Geltung über den Bezirk eines Revisionsgerichtes hinausreicht.

Als Beispiel mag eine „Urkunde über ein Rechtsgeschäft" angeführt werden, welche unlängst den Gegenstand einer Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck bildete. In einem Testamente war gesagt: Als Erben meines Nachlasses setze ich ein den A. und den B., jedoch unter folgenden näheren Bestimmungen. A. und B. sollen meine hinterlassenen Mobilien, insoweit nicht einzelne Stücke derselben zu Legaten bestimmt sind, gleichmäßig unter sich theilen. Von meinem Kapitalsvermögen soll A. die Hälfte unmittelbar nach meinem Tode als Eigenthum erhalten; an der anderen Hälfte soll aber dem B. nur der Zinsgenuß für die Dauer seines Lebens zustehen; das Kapital selbst soll von dem Testamentsvollstrecker verwaltet werden und dieser den Zinsertrag des Kapitals dem B. auszahlen. Nach dem Tode des

B. soll, falls derselbe mit Hinterlassung von Leibeserben verstirbt, die Hälfte des von mir hinterlassenen Kapitals diesen Leibeserben des B., falls derselbe jedoch ohne Hinterlassung von Leibeserben versterben sollte, den Kindern des A. zufallen.

Es entstanden in Betreff dieses Testamentes ungefähr folgende Streitpunkte: Ist eine Erbeseinsetzung im Sinne des römischen Rechtes erfolgt, oder haben nur letztwillige Zuwendungen, die als Singularsuccessionen aufzufassen, stattgefunden? Ist namentlich B. als Fiduciarerbe anzusehen, oder ist dies nicht der Fall; und wenn letzteres, ist ihm der quasi ususfructus an dem Kapitalstheile eingeräumt, so daß er zur Zahlung der cautio fructuaria anzuhalten, oder ist der ihm zugewandte Zinsgenuß um deswillen als quasi ususfructus nicht aufzufassen, weil die Verwaltung des Kapitales dem Testamentsvollstrecker übertragen wurde? Ist bis zum Tode des B. hinsichtlich des von diesem genutzten Kapitales hereditas jacens anzunehmen, oder was sonst?

Auf alle diese Fragen mußte die „Urkunde über ein Rechtsgeschäft“ die Antwort geben; und sie konnte dies auch, freilich nur dadurch, daß bei Auslegung dieser Urkunde das lübeckische Erbschaftsrecht, speziell das Erbschaftsgesetz von 1862 zu Grunde gelegt wurde. Dieses Gesetz gehört nun aber gewiß nicht zu denjenigen Gesetzen, welche nach Einrichtung der Revisionsgerichte in mehr als einem Revisionsgerichtsbezirke Geltung haben werden. Entstünde nun ein Streit über die Vorschriften dieses Gesetzes, ohne daß es sich bei denselben um die Auslegung einer Urkunde handelte, so würde das Oberrevisionsgericht nicht kompetent sein, denselben zu entscheiden. Liegt aber, wie im vorliegenden Falle, eine Urkunde vor, so wird das Oberrevisionsgericht über die Vorschriften des lübeckischen Erbschaftsrechtes zu entscheiden haben. Denn es muß doch die Urkunde auszulegen im Stande sein, was ohne Kenntnißnahme von dem lübischen Rechte eine Unmöglichkeit ist.

Oder in einem anderen Falle wird in Betreff eines in Bremen abgeschlossenen Miethsverhältnisses urkundlich bestimmt, daß die in Bremen bestehenden Grundsätze über die Fahrelzeiten und die Jahrschaar auch für diesen Miethskontrakt maßgebend sein sollen. Nun behauptet Kläger, der Beklagte sei von dem Kontrakte zurückgetreten und müsse demnach die Jahrschaar zahlen; Beklagter wendet ein, daß Kläger ihm die gemiethete Wohnung nicht rechtzeitig übergeben habe;

beide berufen sich auf den schriftlich abgefaßten Miethskontrakt. Auf Grund desselben wird der Streit auch entschieden werden können, falls man die einschlagenden Grundsätze des bremischen Rechtes zur Auslegung der Urkunde benutzt. Das Oberrevisionsgericht wird dies thun müssen, weil die Oberrevision auf unrichtige Auslegung einer Urkunde gestützt werden darf. Wenn dagegen ein Streit über die gleichen Rechtsverhältnisse entstünde, ohne daß eine Urkunde aufgenommen wäre, so würde der höchste Gerichtshof diesen Rechtsstreit nicht entscheiden dürfen, weil das in Frage kommende Recht nur innerhalb eines Revisionsgerichtsbezirkes gilt.

Nun könnte man ja im ersten Augenblicke daran denken, daß nach Analogie von §. 498 Abs. 2 und 3 das Oberrevisionsgericht bei Auslegung solcher Urkunden, bei denen es auf die Anwendung partikulären Rechtes ankommt, diejenigen Rechtsgrundsätze zu befolgen habe, welche von dem Revisionsgerichte als die richtigen anerkannt sind, und daß es seinen eigenen Rechtsansichten nur dann Folge geben dürfe, wenn es sich bei Auslegung von Urkunden um solche Rechtsnormen handelt, welche §. 498 Abs. 2 zur Kompetenz des höchsten Gerichtshofes stellt.

Aber diese Annahme muß auch sofort als unmöglich verworfen werden.

Denn der Entwurf stellt §. 498 die Regel auf, daß für die Oberrevision die gleichen Vorschriften gelten sollen, wie für die Revision; insoweit nicht in §. 498 selbst von dieser Regel Ausnahmen gemacht seien. In Betreff der Revision ist nun in §. 479 bestimmt, daß dieselbe erstens auf eine Verletzung des Gesetzes und zweitens auf die unrichtige Auslegung einer Urkunde über ein Rechtsgeschäft gestützt werden könne. Die erste Art der Revisionsgründe und nur diese ist durch §. 498 Abs. 2 für die Oberrevision modificirt, während in Betreff der zweiten Art von Revisionsgründen §. 498 es vollkommen bei den Vorschriften des §. 479 beläßt. Da nun die unrichtige Auslegung aller Urkunden, gleichviel ob ihre Auslegung von partikulärem oder von gemeinem, von geschriebenem oder von ungeschriebenem Rechte abhängt, zur Revision Veranlassung giebt, so folgt hieraus, daß auch, und zwar unter gleichen Voraussetzungen, die unrichtige Auslegung einer Urkunde zur Oberrevision Veranlassung geben kann.

Wenn nun aber das Oberrevisionsgericht die Urkunde zwar auslegen, aber die für die Auslegung derselben maßgebenden Rechtsnormen sich vom Revisionsgerichte sagen lassen soll, so erfolgt die Auslegung

der Urkunde nicht vom Oberrevisionsgerichte, sondern vom Revisionsgerichte. Eine Unterscheidung von Urkunden, je nachdem dieselben nach gemeinem oder nach partikulärem Rechte auszulegen seien, ist aber einmal nach der Fassung des §. 498 unzulässig und würde auch praktisch vollkommen undurchführbar sein.

Auch mag noch angeführt werden, daß §. 495 in Betreff der Revision die Vorschrift enthält:

„Im Falle der Aufhebung des Urtheils ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen. Dasselbe hat die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, sowie die Auslegung von Urkunden, auf welcher die Aufhebung beruht, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen."

Diese Vorschrift ist durch §. 498 für die Oberrevision nicht modificirt worden. Ebenso also wie für Landgericht und Handelsgericht diejenige Auslegung der Urkunde maßgebend ist, welche das Revisionsgericht unter Benutzung aller denkbarer Rechtsnormen getroffen hat, ebenso ist auch die von dem Oberrevisionsgerichte getroffene Auslegung von Urkunden für diejenigen Gerichte maßgebend, an welche die Sache zurückverwiesen wird.

Wir gelangen mithin zu dem Resultate, daß, wenn die Oberrevision wegen unrichtiger Auslegung von Urkunden erhoben werden darf, das Oberrevisionsgericht auch selbstständig die Urkunden muß auslegen können. Dies setzt aber voraus, daß die Entscheidung über Bestehen und Inhalt aller Rechtsnormen, welche für die Auslegung von Urkunden wesentlich sein können, dem Oberrevisionsgerichte zustehen muß.

---

Indessen die vorstehenden, gegen die Bestimmung des §. 498 erhobenen Bedenken betrachten die Sache doch nur von einer Seite. „Der Grund für die Eröffnung einer dritten Instanz vor einem obersten Gerichtshofe wurde in dem Bedürfnisse nach Einheit des Rechtes und der Rechtspflege gefunden." Wäre dies die alleinige Veranlassung für die Eröffnung einer dritten Instanz gewesen, so wäre der Zweck auch auf folgendem Wege zu erreichen gewesen. Man hätte den Parteien nur zwei Instanzen gewähren, dagegen aber bei den Revisionsgerichten Civilstaatsanwalte bestellen können, welchen die Verpflichtung obläge, im

Interesse des Gesetzes die Oberrevision gegen Urtheile der Civilgerichte zu erheben.

Nun kennt aber, was gewiß in vollsten Maße zu billigen, der Entwurf die Oberrevision im Interesse des Gesetzes schlechterdings nicht, sondern es ist dieses Rechtsmittel ausschließlich von den Parteien geltend zu machen. Die erstrebte Rechtseinheit wird sich daher auch nur als Resultat davon herausstellen, daß die Parteien, von dem ihnen gewährten prozessualischen Rechte Gebrauch machend, die Sache der Entscheidung des höchsten Gerichtshofes unterbreiten. Und das gerade ist die andere Seite der Sache, auf welche von dem Entwurfe und von der „Begründung" kaum gerücksichtigt zu sein scheint. Die Oberrevision ist nicht blos ein Mittel, um Rechtseinheit zu schaffen; sondern die Gewährung der dritten Instanz ist ein den Prozeßparteien gewährtes prozessualisches Recht. Und darüber wird auch wohl kein Zweifel entstehen, daß Prozeßparteien, denen eine dritte Instanz gewährt ist, prozessualisch besser gestellt sind, als Prozeßparteien, denen die Anrufung der dritten Instanz versagt ist.

Die Frage ist nun einfach die:

> Darf die deutsche Civilprozeßordnung die prozessualischen Rechte den einzelnen deutschen Reichsangehörigen mit verschiedenem Maße zumessen, oder ist dieselbe verpflichtet, für Alle gleiches Recht zu gewähren?

Daß diese Frage der letzteren Alternative gemäß beantwortet werden müsse, kann nicht zweifelhaft sein. Aber ebenso unzweifelhaft ist es, daß der Entwurf der ersteren Alternative gemäß seine Bestimmungen getroffen hat. Das Recht der dritten Instanz ist weder allen deutschen Reichsangehörigen gewährt, noch ist es allen deutschen Reichsangehörigen versagt, sondern den Einen ist es gewährt und den Anderen ist es versagt. Den Grundsatz einer jeden Gesetzgebung, daß das Gesetz gleiches Recht für Alle schaffen müsse, diesen Grundsatz hat der Entwurf verletzt.

Zu welchen praktischen Konsequenzen dieses Vorgehen des Entwurfes führen muß, dafür nur einzelne Beispiele.

Streitigkeiten über Erbschaften werden für Lübeck in Gemäßheit eines Partikulargesetzes zu entscheiden sein (Erbschaftsgesetz von 1862). Die dritte Instanz bleibt demnach in diesen Sachen verschlossen. In einzelnen Theilen des lübeckischen Gebietes (in den sogen. Kapitels-

dörfern) gilt indessen dieses Gesetz nicht, sondern statt dessen das römische Recht. Resultat: Während in Erbschaftsstreitigkeiten den Bewohnern der Kapitelsdörfer die dritte Instanz gewährt ist, bleibt dieselbe für die gleichen Rechtsstreitigkeiten den übrigen Lübeckern versagt.

In Mecklenburg gilt für die Städte verschiedenes Stadtrecht (Schweriner, Lübisches, Stendaler, Parchimer u. s. w. Stadtrecht). Auf dem platten Lande gilt dagegen römisches Recht. So regelt sich denn namentlich das eheliche Güterrecht in den Städten nach den Grundsätzen deutsch-rechtlicher Gütergemeinschaft in ihren verschiedenen Formen, während auf dem Lande das römisch-rechtliche Dotalsystem in Anwendung kommt. Resultat: bei Streitigkeiten über eheliches Güterrecht ist für die Städter die dritte Instanz ausgeschlossen, während sie den Landbewohnern gewährt wird.

In Hamburg ist durch das hamburger Statut — also ein Partikularrecht — bestimmt, daß der Käufer die für den Verkäufer verbindlichen Mietheverträge nach Art dinglicher auf dem Grundstücke haftender Lasten zu respektiren und einzuhalten habe; in einem Theile des hamburger Landgebietes, dem Geestgebiete, gilt dieser Grundsatz indessen nicht, sondern es kommen für die rechtliche Regelung der Mieth- und Pachtverhältnisse lediglich die Vorschriften des gemeinen Rechtes in Betracht. Resultat: die Bewohner des Geestgebietes bekommen bei Miethsstreitigkeiten die dritte Instanz, während diese den Bewohnern der Stadt versagt bleibt.

Beispiele dieser Art würden sich ja leicht vermehren lassen; doch kann es auf die Zahl derselben nicht so sehr ankommen. Faßt man weitere Verhältnisse in's Auge, so würde doch nicht einzusehen sein, weshalb die Bewohner des preußischen Staates, deshalb weil die Geltung des preußischen Landrechtes sich über die Bezirke mehrerer Revisionsgerichte erstrecken wird, prozessualisch günstiger gestellt sein sollten, als die Bewohner des Königreiches Sachsen. Denn das Geltungsgebiet des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches braucht — entsprechend den Intentionen, welche für die Bezirke der Revisionsgerichte aufgestellt sind — keinesweges über den Bezirk eines Revisionsgerichtes hinaus zu reichen. Wollte man nun aber, um den Unterthanen des Königreiches Sachsen die dritte Instanz zu gewähren, für Sachsen zwei Revisionsgerichte einrichten, so würde sich hieraus zeigen, daß die Gewährung der dritten Instanz und die Organisation der Revisionsgerichte eben

incompatible Dinge sind. Denn es wäre ja sehr möglich, daß der Geschäftsbetrieb des Revisionsgerichtes sehr viel günstiger sich gestalten könnte, wenn man für Sachsen nur eins und nicht zwei Revisionsgerichte herstellte. Soll man nun den Vortheil der dritten Instanz aufgeben, um dafür die bessere Gerichtsorganisation zu erlangen, oder soll man die bessere Gerichtsorganisation opfern, um das Recht der dritten Instanz zu erlangen?

Dazu kommt, daß die Frage, ob die Errichtung der Revisionsgerichte Sache der einzelnen deutschen Staaten oder Sache des Reiches sein werde, auf den hier besprochenen Gegenstand nicht einflußlos bleiben kann. Sollte die Einsetzung der Revisionsgerichte nicht von Reichswegen, sondern durch die einzelnen deutschen Staaten erfolgen, — und Andeutungen in der „Begründung" (vergl. S. 426) deuten darauf hin, daß letzteres der Fall sein werde — so würde sich zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung das Verhältniß derartig regeln, daß zwar seitens des Reiches der höchste Gerichtshof eingesetzt, aber die Frage, ob auch für das Landesrecht dieser Gerichtshof anzurufen, von der Landesgesetzgebung und zwar dadurch entschieden werden würde, daß durch Einsetzung nur eines Revisionsgerichtes der einzelne Staat sich der Sache nach ein privilegium de non appellando für sein Landesrecht verschaffte.

Nun hat sich freilich die Reichsgesetzgebung das Recht vorbehalten, in Anlage B. solche Reichsnormen zu verzeichnen, welche, obwohl nur in dem Bezirke eines Revisionsgerichtes geltend, dennoch zur Begründung der Oberrevision geeignet sein sollen. Möglich also, daß die Anlage B. den Unterthanen des Königreiches Sachsen dazu verhelfen wird, ihre unter Anwendung des bürgerlichen Gesetzbuches zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten an das höchste Reichsgericht zu ziehen. Aber, wenn auch in dieser Weise den Unterthanen des Königreiches Sachsen die dritte Instanz von Reichswegen gesichert werden könnte, warum soll dieselbe anderen Reichsangehörigen für die gleichen Rechtsstreitigkeiten, in denen für Sachsen die dritte Instanz gewährt wird, um deswillen entzogen werden, weil für sie nicht das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, sondern ein solches Landesgesetz in Frage kommt, dessen Geltung über den Bezirk eines Revisionsgerichtes nicht hinausreicht? — Beließ man es in den kleineren deutschen Staaten bei dem gemeinen Rechte, so findet die Unthätigkeit der Gesetzgebung jetzt ihre Prämiirung — die dritte Instanz wird gewährt —; kamen dagegen die

kleineren deutschen Staaten ihrer Verpflichtung nach, das gemeine Recht, entsprechend den Bedürfnissen der neueren Zeit, in weiterem oder geringerem Umfange im Wege der Gesetzgebung neu zu gestalten, so werden sie jetzt dafür gestraft — die dritte Instanz bleibt ihnen entzogen.

---

Das Resultat nun, zu welchem die vorstehenden Ausführungen hinleiten, ist folgendes.

§. 498 des Entwurfes ist auf die Vorschrift zu beschränken: „Auf die Oberrevision finden die Vorschriften über die Revision entsprechende Anwendung."

Die Worte des Abs. 1 „mit den nachfolgenden Abweichungen", sowie Abs. 2, 3, 4 des §. 498 sind dagegen fortzulassen.

In negativer Weise ausgedrückt, würde das gleiche Resultat in dem Satze enthalten sein:

Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Oberrevision ist nicht abhängig von der Art oder dem Geltungsgebiete derjenigen Rechtsnorm, auf Grund deren die Entscheidung über die Oberrevision zu treffen ist.

Sonstige Einschränkungen der Oberrevision, wie deren ja eine in §. 497 des Entwurfes durch Anerkennung des Prinzipes der duae conformes in Vorschlag gebracht wird, bleiben durch das hier zunächst aufgestellte Resultat vollkommen unberührt.

Ehe jedoch darauf eingegangen wird, die etwaigen zulässigen Einschränkungen der Oberrevision in Betracht zu ziehen, ist noch mit einigen Worten auf diejenigen Gründe einzugehen, welche die „Begründung" zur Rechtfertigung der durch die Art der Rechtsquelle beschränkten Zulässigkeit der Oberrevision beigebracht hat.

„Wenn man aber den obigen, die Zulassung einer dritten Instanz rechtfertigenden Grund unberücksichtigt lassen oder denselben sogar verwerfen wollte", so heißt es S. 54, „so würde doch die Zulassung eines weiteren, lediglich die richterliche Würdigung bezielenden Rechtsmittels dadurch bedingt sein, daß die Mitglieder des höheren Gerichtes präsumtiv qualificirter sind, als die Richter der Vorderinstanz, das Recht zu weisen. Für diese Annahme fehlt es nun aber an jedem Grunde, wenn es sich um Provinzialgesetze und Lokalstatuten, insbesondere um provinzielles oder lokales Gewohnheitsrecht, sowie ferner um die Rechtsübung in Betreff

dieser Rechtsnormen handelt. Es wird vielmehr gerade die umgekehrte Annahme Platz greifen, weil die hier fraglichen Rechtsnormen meist mit Eigenthümlichkeiten, mit den Rechtsanschauungen, Sitten und Gebräuchen, mit den Lebens- und Verkehrsverhältnissen der Geltungsbereiche jener Rechtsnormen im engeren Zusammenhange stehen, diese Eigenthümlichkeiten aber von dem ihnen näher stehenden Revisionsgerichte präsumtiv richtiger gewürdigt werden, außerdem aber Rechtsnormen präsumtiv sicherer und besser angewendet werden, wenn sie häufiger, als wenn sie selten den Gegenstand der richterlichen Kognition bilden. Je allgemeiner die Rechtsnormen sind, welche ein oberster Gerichtshof anzuwenden hat, um so mehr ist die Voraussetzung gegründet, daß er dieselben richtiger würdigen und auf ein gegebenes Faktum anwenden werde, als ein ihm nachgeordnetes Gericht. Je beschränkter dagegen der Geltungsbereich einer Rechtsnorm ist, um so begründeter ist die Befürchtung, daß einzelne Mitglieder, ja selbst ein einzelnes Mitglied des obersten Gerichtshofes einen ganz überwiegenden, durch die Verhältnisse nicht gerechtfertigten Einfluß auf die Entscheidung ausüben werde."

Es ist nun aber zunächst die Voraussetzung nicht richtig, daß Rechtsnormen, deren Geltungsbereich über den Bezirk eines Revisionsgerichtes sich nicht hinaus erstrecken, identisch wären mit Provinzialgesetzen, Lokalstatuten, provinziellem und lokalem Gewohnheitsrechte. Denn daraus, daß die meisten deutschen Staaten kaum so groß sind, wie eine Provinz des preußischen Staates, folgt doch nicht, daß die Gesetzgebung jener Staaten durchweg mit Provinzialgesetzen auf eine Linie zu stellen wären. Die vorstehende Darstellung hat Gelegenheit gehabt, darauf hinzuweisen, daß in Gemäßheit der Bestimmungen des Entwurfes auch Landesgesetze und zwar in sehr beträchtlicher Anzahl der Kognition des höchsten Gerichtshofes entzogen werden würden.

Sodann ist es nicht richtig, wenn behauptet wird, daß die hier fraglichen Rechtsnormen — selbst wenn man dieselben auf Provinzial- und Lokalrechte beschränken wollte — „meist" mit Eigenthümlichkeiten, mit den Rechtsanschauungen, Sitten und Gebräuchen, mit den Lebens- und Verkehrsverhältnissen der Geltungsbereiche jener Rechtsnormen im engeren Zusammenhange stünden. Eher dürfte man vielleicht sagen, daß dies meist nicht der Fall sei, daß vielmehr die partikulären Rechtsnormen beobachtet worden, weil sie bestehen, weil man sich gewöhnt

hat, sie zu befolgen, daß sie aber meist mit den sonstigen Sitten und Gebräuchen, mit Lebens- und Verkehrsverhältnissen herzlich wenig zu thun haben. Wenn z. B. Wentzel (Schlesisches Provinzialrecht, Vorrede S. IV.) sagt: „Wer das schlesische Provinzialrecht irgend kennt, der weiß auch, daß es sich dabei durchaus nicht . . . um eine Reihenfolge von Rechtsnormen handelt, die als das Produkt einer eigenthümlichen Nationalität, einer allgemeinen Rechtsansicht des Volkes, betrachtet werden könnte, die geschichtlich zu erklären, und mit ihm verwachsen wäre" — so dürfte das Gleiche auch auf andere Partikularrechte anzuwenden sein. Oder möchte man behaupten, daß auf die 43 Partikularrechte, welche Roth (bayerisches Civilrecht) für Bayern annimmt, dasjenige zutreffen möchte, was die „Begründung" in Betreff derjenigen Rechtsnormen anführt, welche der Kompetenz des höchsten Gerichtshofes entzogen bleiben sollen? Richtiger würde es doch sein, wenn man mit Betzold [1]) annimmt, dieser unerwünschte Reichthum von Partikularrechten erkläre sich daraus, daß die bis zum Ende der Napoleonischen Kriege nach und nach der Krone Bayern einverleibten Gebiete mindestens 100 verschiedenen Territorialhoheiten unterworfen gewesen waren, und die Partikularrechte sämmtlich aufrecht erhalten blieben. Soviel ist wohl richtig, daß, wenn in einer bestimmten Gegend diese oder jene Form des ehelichen Güterrechtes, diese oder jene Grundsätze hinsichtlich der Erbfolge u. s. w. gelten, diese Rechtsgrundsätze mehr oder minder mit den Lebensgewohnheiten der Bewohner jener Gegenden zusammenwachsen; das gilt aber nicht blos dann, wenn diese Rechtsnormen dem Lokal- oder Provinzialrecht, sondern auch dann, wenn sie einem Landesrechte angehören, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk mehrerer Revisionsgerichte hinaus erstreckt.

Wenn sodann weiter gesagt wird, daß jene Eigenthümlichkeiten von dem ihnen näher stehenden Revisionsgerichte präsumtiv richtiger gewürdigt werden würden, als von dem ferner stehenden Oberrevisionsgerichte, so ist zunächst zu bemerken, daß mit diesem Grunde zu viel bewiesen wird. Denn wenn die größere Nähe, in welcher sich der Richter zu der anzuwendenden Rechtsnorm befindet, die größere Garantie für die Richtigkeit der Entscheidung abgäbe, so müßte offenbar das Landgericht oder das Amtsgericht noch bessere Entscheidungen abzugeben vermögen als das Revisionsgericht, und man käme dann

---

[1]) Betzold in v. Holtzendorff's Encyklopädie, 2te Auflage, S. 1052.

vielleicht zu einem umgekehrten Instanzenzuge. Aber es ist auch gar nicht richtig, weder daß der Revisionsrichter partikuläre, speziell gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen ohne Mühe zu seiner Kenntniß bringen könne, noch auch, daß es nicht selbst gewohnheitsrechtliche Normen gebe, von deren Existenz und Inhalt sich jeder Richter ohne Mühe Gewißheit verschaffen könne. Dies anerkennt auch die „Begründung“. Nachdem nämlich S. 412 ausgeführt ist, daß unter „Rechtsnorm“ (§. 480) auch Vorschriften des ausländischen Rechtes [1]) zu verstehen seien, heißt es weiter:

> „Ganz ebenso verhält es sich mit dem Gewohnheitsrechte, sowohl inländischem als ausländischem. Bei demselben ist nur die thatsächliche Ermittelung häufig complicirter als bei dem geschriebenen Rechte, obgleich es Gewohnheitsrechte giebt, deren allgemein bekannte Existenz gar nicht mehr in Frage gezogen wird.“

Diese Worte werden in Bezug auf den Revisionsrichter gesagt. Und es ist ja auch ganz unstreitig wahr, daß zu der dem Richter erforderlichen Erkenntniß eines Gewohnheitsrechtes der Umstand, daß der Richter sich selbst in der Gegend befindet, in welcher die behauptete Gewohnheit gilt oder gelten soll, sehr wenig hilft. Darüber ist es wahrlich nicht nöthig, auch nur ein Wort zu verlieren. Vielleicht läßt sich selbst sagen, daß der Entferntere hierüber besser, weil unbefangener, urtheilen werde, wie ja auch über die verschwimmenden Nebelgebilde nur der außerhalb Stehende zu urtheilen vermag, nicht aber Derjenige, der selbst mitten drinnen ist. Das gilt nur vom nicht aufgezeichneten Gewohnheitsrechte. Daß aber aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht wohl geeignet sei, auch vom Oberrevisionsrichter richtig angewendet zu werden, das erkennt die „Begründung“ ausdrücklich an, indem dieselbe unter denjenigen Urkunden, auf deren unrichtige Auslegung die Oberrevision gestützt werden dürfe, auch die „Usancen der großen Börsenplätze“ nennt (S. 428. S. 416 „urkundlich fixirte Börsenusancen.“). Damit ist denn aber auch zugegeben, daß die Handhabung der Parti-

---

[1]) Es mag hier beiläufig die Frage aufgeworfen werden, ob die Rechtsnormen des ausländischen Rechtes zu denjenigen gehören, welche nur in einem oder in mehreren Revisionsgerichtsbezirken Geltung haben! Und wenn Letzteres, gilt dies dann auch für ausländische Partikulargesetze und ausländische Gewohnheiten? Und wenn dies der Fall, würde dann nicht für die Rechtseinheit des ausländischen Rechtes mehr geschehen sein, als für die des inländischen Rechtes?

kulargesetze dem Oberrevisionsgerichte getrost anvertraut werden darf — was denn auch ernstlich wohl von Niemandem bestritten werden wird.

Die Besorgniß, daß ein einzelnes Mitglied des höchsten Gerichtshofes auf die Entscheidung einen nicht zu rechtfertigenden, überwiegenden Einfluß ausüben würde, dürfte, wenn sie überhaupt in Betracht käme, für die Revisionsgerichte kaum eine geringere sein, als für das Oberrevisionsgericht. Die Neigung, sich mit dem sog. topischen Rechte vorzugsweise zu beschäftigen, wird bei den Mitgliedern des Revisionsgerichtes möglicherweise leichter entstehen, als bei denen des Oberrevisiongerichtes; und der Nachtheil, der hieraus für Entscheidungen entstehen kann, ist für das höchste Gericht nicht bedrohlicher, als für die Revisionsgerichte auch.

Genug! die Gründe, welche zur Rechtfertigung der durch §. 498 vorgesehenen Beschränkung der Oberrevision aufgestellt sind, können nicht für ausreichend erachtet werden, die Bedenken, welche gegen diese Beschränkung geltend zu machen waren, zu neutralisiren; und ich muß dieser Gründe ungeachtet, bei den oben schon aufgestellten Resultaten stehen bleiben,

> daß die Zulässigkeit der Oberrevision **davon** nicht abhängig gemacht werden darf, daß die Rechtsnorm, auf deren Verletzung dieselbe gestützt wird, eine solche sei, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Revisionsgerichtes hinaus erstreckt.

## II.

## Die Vorschrift des §. 497.

Es kommt für die nachfolgenden Erörterungen nur die erste der beiden Bestimmungen des §. 497 in Betracht:

> „Die Oberrevision findet gegen die in der Revisionsinstanz erlassenen Endurtheile statt, soweit durch dieselben ein Urtheil erster Instanz aufgehoben ist" —

während die zweite Bestimmung desselben §. 497

> „oder die Revision als unzulässig verworfen ist"

zu weiteren Erörterungen keine Veranlassung giebt.

Zunächst möchte ich nun darauf aufmerksam machen, daß wenn man die Oberrevision nur bei difformen Erkenntnissen zulassen will, es nothwendig ist, die Gesetzesvorschrift etwas präciser zu fassen, als es hier

geschehen ist. Zu dieser Bemerkung werde ich dadurch veranlaßt, daß ja auch die hamburger Gesetzgebung die Beschreitung der dritten Instanz nur alsdann zuläßt, wenn in den beiden voraufgehenden Instanzen difform erkannt ist. Die betreffenden hamburger Gesetzesvorschriften führe ich an:

> Verordnung in Betreff des von den verschiedenen Justizbehörden zu beobachtenden Verfahrens. Dez. 1815. Art. 48: „Sind zwei conforme Erkenntnisse ergangen, so findet weiter kein Rechtsmittel statt. Die bloße Reformation des Kostenpunktes wird in keiner Instanz als reformatorisch in dem Sinne betrachtet, daß sie irgend einem Rechtsmittel Raum geben könnte." Art. 49. Ist theils confirmatorisch, theils reformatorisch erkannt, so wird der in zwei Instanzen gleichförmig entschiedene Punkt, insofern es dem wider den reformirenden Theil des Erkenntnisses eingewandten Rechtsmittel unbeschadet geschehen kann, zur Execution verwiesen."

In ähnlicher Weise trifft auch Artikel 39 der Handelsgerichtsordnung vom 15. Dez. 1815 Vorschriften über die Wirkungen der Conformität.

Ich glaube, die hier mitgetheilte hamburger Gesetzesvorschrift scheint ebenso deutlich zu sein, wie die des Entwurfes §. 497; daß aber erstere nicht im Stande gewesen ist, zahlreichen Controversen vorzubeugen, zeigt schon die bekannte Abhandlung von Dr. Pauli (Heise und Cropp, juristische Abhandlungen, Bd. II. S. 183—263; besond. S. 217 ff.). Dieser konnte bei seiner 1830 erschienenen Arbeit sich auf eine zehnjährige Praxis des Oberappellationsgerichtes stützen. Blume (die Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht der vier freien Städte u. s. w. 1843, S. 161) bringt einzelne Ergänzungen zu der Paulischen Abhandlung, bevorwortet dabei indessen, daß „weder der Umfang noch die Form eines erläuternden Kommentares sich dazu eigne, die ganze Ausbeute der letzten dreizehn Jahre für diese ebenso anziehende als schwierige Materie darin auszubreiten". Doch hatte sich die Praxis bis zum Jahre 1843 noch keinesweges überall fixirt, und einzelne in die betreffende Materie einschlagende Fragen sind noch heute zweifelhaft. [1]) Der Grund für diese Erscheinung ist in der kürzlich erschienenen Schrift vom Obertribunalsrath

---

[1]) In dem Repertorium von Du Roi, welches nur bis zum Jahre 1852 reicht, sind unter dem Artikel conformes duae nicht weniger als 42 Präjudikate eingetragen.

Plathner (die neue Construction des Prozesses — Berlin 1873) angedeutet, wenn derselbe S. 48 ausführt, daß der Tenor des Erkenntnisses conform werden könne, obwohl bezüglich der einzelnen thatsächlichen Momente die Entscheidungen des ersten und zweiten Richters entgegengesetzt lauten. „Hat z. B. der Beklagte mehrere Einwendungen erhoben, so wird die Entscheidung conform nicht blos in den Fällen, wenn beide Richter alle Einwendungen verwerfen, oder für durchgreifend erachten, sondern auch in dem Falle, wenn irgend eine Einwendung für durchgreifend gehalten wird; es ist dabei möglich, daß jede einzelne Einwendung von beiden Richtern in entgegengesetzter Weise beurtheilt wird." Die Schlußfolgerung, welche Plathner hieraus zieht, daß nämlich in einem solchen Falle die Conformität des Tenors irgend eine Bürgschaft der Richtigkeit der Entscheidung nicht an sich trage, ist insofern gewiß richtig, als die Entscheidung des zweiten Richters, wenngleich zu demselben Resultate gelangend, wie die des ersten Richters, dennoch eine ganz andere und nicht die Wiederholung der gleichen Entscheidung ist. Dennoch aber wird man, falls das Prinzip der duae conformes in der deutschen Civilprozeßordnung recipirt werden sollte, in dem von Plathner angeführten Beispiele Difformität der Entscheidungen nicht annehmen und daher auch die Oberrevision in solchen Fällen nicht gestatten dürfen. Denn thäte man dieses, so handelt es sich nicht mehr um die Frage, ob die Urtheile conform, sondern um die, in wie weit die Urtheile conform sind, oder mit anderen Worten: es handelt sich dann um die Frage: in welchen Punkten erzeugt die Conformität Rechtskraft? [1])

[1]) Pauli a. a. O. S. 245. „Die Elemente des Urtheils werden rechtskräftig" (Savigny, System VI. S. 358). Ich möchte hier folgende Bemerkung machen. Meine Absicht kann es an dieser Stelle nicht sein, auf eine Erörterung der in Betreff der duae conformes entstandenen Controversen einzugehen, oder den Inhalt derselben auch nur zu referiren. Nur möchte ich hervorheben, daß man Unrecht haben würde, wollte man annehmen, es handele sich bei den Erfahrungen der Lübecker Praxis lediglich um doctrinaire Düfteleien, die der höchste deutsche Gerichtshof zu beseitigen wissen werde. Die Lehre der duae conformes steht ja im engsten Zusammenhange mit der Lehre von der Rechtskraft des Urtheils, mit der Lehre von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe. Ich glaube nun vorerst nicht, daß der höchste Gerichtshof die Ausführungen von Savigny, Bd. VI. S. 257 ff., auch in so weit außer Kraft setzen werde, daß auch die Parteien, welche die dritte Instanz suchen, auf diese, sowie auf die Ausführungen anderer Juristen (vergl. Savigny a. a. O. S. 385 ff.) verzichten sollten. Auch würde es gewagt sein, anzunehmen, daß sich die preußische Praxis ohne Mühe auf das zukünftige höchste Reichsgericht übertragen lassen werde.

Läßt man aber diese Fragen in der deutschen Civilprozeßordnung zu, so dürfte sich hieraus für das Oberrevisionsgericht dasselbe Resultat ergeben, welches sich für das Lübecker Oberappellationsgericht ergeben hat, ein Resultat, welches darin besteht, daß etwa in einem Drittel der zur Entscheidung gelangenden Sachen darüber gestritten wird, ob und in wie weit die Erkenntnisse der vorigen Instanzen conform oder difform seien.

Will man aber derartige Fragen in dem deutschen Civilprozeß nicht aufkommen lassen, so würde dazu eine Vorschrift nicht genügend sein, wie etwa die der preußischen Verordnung vom 14. Dezember 1833 §. 2: „betrifft die Revisionsbeschwerde" (— die Revision des preußischen Prozesses entspricht, weil Rechtsmittel dritter Instanz, der Oberrevision des Entwurfes —) „lediglich das Vermögen, so ist die Revision nur alsdann zulässig, wenn die beiden ersten Erkenntnisse ganz oder zum Theil verschiedenen Inhaltes sind, und wenn zugleich der dieser Verschiedenheit unterliegende Gegenstand der Beschwerde über fünfhundert Thaler beträgt oder in Gelde nicht abzuschätzen ist." Denn es ist klar, daß diese Vorschrift keine derjenigen Kontroversen abzuschneiden vermag, auf welche bereits hingedeutet wurde. Auch würde es nicht genügen, wenn man in der Civilprozeßordnung eine Vorschrift aufnähme, welche der Allg. Gerichtsordnung I. 13. §. 38 entspräche:

> „Die Collegia und Urtelsfasser müssen sorgfältig Acht geben, daß überall die wirkliche Entscheidung und deren Gründe deutlich von einander unterschieden und nicht etwas, das zu der ersteren gehört, in die letzteren, noch auch umgekehrt mit eingemischt werde, indem bloße Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtheils haben sollen."

Denn bei dieser Vorschrift würde es dem Streite nicht entzogen bleiben, ob nicht in den beiden ersten Erkenntnissen in die Entscheidungsgründe aufgenommen sei, was in die wirkliche Entscheidung hätte aufgenommen werden müssen, und dies um so mehr, als dasselbe preußische Gesetz I. 13. §. 36 den Fall vorsieht, daß die Entscheidung der Hauptsache aus mehreren „Punkten" besteht. Sodann aber wird —

Denn die hier getroffenen Entscheidungen stehen an sich nicht unanfechtbar da (vergl. Savigny a. a. O. S. 394 ff.) und es ist die Frage, in wie weit sie sich in dem höchsten deutschen Gerichtshofe gegenüber der Praxis anderer, jetzt noch bestehender Gerichte, z. B. des sächsischen Oberappellationsgerichtes (Savigny a. a. O. S. 394), erhalten würden.

wie hierauf Savigny a. a. O. S. 395 hindeutet, es doch immer darauf ankommen, ob der „Entscheidungsgrund" ein „bloßer" Entscheidungsgrund oder nicht vielmehr ein „Element des Urtheils" sei.

Man darf aber auch aus dem hier gesagten nicht entnehmen, daß das Aufsuchen derartiger Streitfragen dem gesunden Sinne der Parteien widerstreben werde. Ich glaube vielmehr, die Parteien werden diese Fragen für sich zu verwerthen suchen, weil, wenn überhaupt eine dritte Instanz existirt, wenigstens in bedeutenderen Sachen der unterliegende Theil ein Interesse daran hat, die dritte Instanz zu gewinnen, wie andererseits das Bemühen des in zweiter Instanz obsiegenden Theiles dahin gerichtet sein wird, dem Gegner die dritte Instanz zu verschließen, woraus denn von selbst das Bestreben entsteht, die Konformität resp. Difformität der früheren Entscheidungen darzuthun.

Wie straff die Gesetzesformel sein müßte, um die Kontroversen über die duae conformes zu beseitigen, getraue ich mir nicht zu sagen, und zwar um deswegen nicht, weil der Grundsatz der duae conformes durch den Entwurf auf ein Gebiet geführt ist, auf welchem mit demselben bisher noch gar keine Erfahrungen gemacht sind.

Denn bisher war doch so viel feststehend, daß in der zweiten Instanz das Vorbringen von novis zulässig sei. War aber in zweiter Instanz ein novum vorgebracht, so schloß dies selbstredend die Anwendbarkeit der duae conformes aus — wenigstens für das gemeine Recht. — Außerdem stand bisher der zweiten Instanz eine erneute Würdigung der Beweisfrage zu, und zwar nach den Grundsätzen der gesetzlichen Beweistheorie. Wich aber die Beweiswürdigung der zweiten Instanz von derjenigen der ersten Instanz ab, so war keine Konformität der Vorentscheidungen vorhanden. Es ist nun aber unbestreitbar, daß wenn in der zweiten Instanz nova fernerhin nicht mehr vorgebracht werden dürfen, daß, wenn der zweiten Instanz die Würdigung der Beweisfrage entzogen wird, damit auch die Zahl der konformen Erkenntnisse wachsen werde. Ist dies aber der Fall, so wird auch das Streben, trotz der aufgerichteten Schranke die dritte Instanz dennoch zu erlangen, in gleichem Grade ein größeres werden. [1])

---

[1]) Ich möchte folgende Bemerkung nicht unterdrücken. Von den an das Oberappellationsgericht zu Lübeck gelangenden Sachen gilt für die hamburger Sachen der Grundsatz der duae conformes, während Lübeck und Bremen die Oberappellation auch gegen konforme Erkenntnisse gestatten. Nun betrug (1871) die Gesammtbevölkerung der drei Hansestädte 513,697, und kamen davon auf Lübeck $10_{,15}$, auf Bremen



Dazu kommt, daß für Preußen der Grundsatz der duae conformes doch nur in abgeschwächter Weise zur Geltung gelangt ist. Denn schließt zwar die Konformität der beiden ersten Erkenntnisse den Zutritt zur dritten Instanz mittelst der Revision aus, so bleibt doch das Angehen der dritten Instanz mittelst der Richtigkeitsbeschwerde gestattet. Und durch dieses Rechtsmittel, so wie es im preußischen Rechte gestattet ist, wird, wenn auch in beschränktem Maße, trotz der voraufgegangenen konformen Erkenntnisse eine erneuerte Prüfung des Rechtspunktes in dritter Instanz ermöglicht. [1]) Wenn nun die „Begründung" (S. 424) selbst anführt, daß von den in den Geschäftsjahren 1868/69 verhandelten Richtigkeitsbeschwerden mehr als 50 pCt. gegen duae conformes gerichtet waren, so läßt sich daraus wohl entnehmen, daß das Verlangen der Rechtsuchenden, die dritte Instanz zu gewinnen, größer gewesen sei, als das in den duae conformes aufgerichtete Hinderniß.

Es wird aber die Frage über die Wirkung des Grundsatzes der duae conformes in dem zukünftigen deutschen Civilverfahren nicht blos danach bemessen werden dürfen, daß die in Vorschlag gebrachte Revision die Vorbringung von neuen Thatsachen und neuen Beweismitteln nicht gestattet, daß dieselbe die erneute Prüfung des Beweisergebnisses nicht gestattet; sondern es wird dabei auch auf den positiven Inhalt dieses Rechtsmittels einzugehen sein.

Die „Begründung" (S. 403) glaubt „bei der selbstständigen Construktion des Rechtsmittels" von dessen Vergleichung mit anderen, in dem geltenden Prozeßrechte geordneten oder von Entwürfen vorgeschlagenen Rechtsmitteln absehen zu sollen, weil eine derartige Vergleichung zur Klarstellung nichts beitragen, viel eher zu unerwünschten Mißverständnissen Veranlassung geben würde. Doch meint die „Begründung",

---

$23,_{88}$, auf Hamburg $65,_{28}$ pCt. In dem fünfjährigen Zeitraum (Juli 1867—1872) vertheilten sich die eingegangenen Sachen in der Weise, daß auf Lübeck $13,_{75}$, auf Bremen $21,_{08}$, auf Hamburg $65,_{17}$ pCt. kamen. Dieses Resultat ist allerdings kein reines, einmal deswegen, weil die Appellationen in Civilsachen nur etwa 84 pCt. (dreijähriger Durchschnitt von 1867—1870) ausmachten, und sodann, weil die Appellabilitätssumme in Hamburg nur 250 Thlr. beträgt, während sich dieselbe für Bremen auf 1000 Reichsmark und für Lübeck auf 400 Thlr. beläuft. Wenn indessen die duae conformes auf die Entlastung des höchsten Gerichtes einen solchen Einfluß hätten, wie dies der Entwurf annimmt, so würde der Prozentsatz der hamburger Sachen doch ein geringerer geworden sein.

[1]) Vergl. Verordnung vom 14. Dez. 1833, §. 4 Nr. 1. Koch, der preußische Civilprozeß §. 364.

wolle man überhaupt durch Vergleichung argumentiren, so würde die Revision am richtigsten nicht als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, sondern als beschränkte Berufung zu bezeichnen sein.

Es kann der „Begründung" vollkommen zugestimmt werden, daß für die Klarstellung des juristischen Begriffes der Revision, wenn man den gesammten Inhalt dieses Rechtsmittels in's Auge faßt, nichts zu gewinnen ist durch Vergleichung mit anderen, und zwar civilprozessualischen Rechtsmitteln.

Anders gestaltet sich aber vielleicht die Sache, wenn man die einzelnen Fälle der Revision in's Auge faßt, und dann den Vergleich auch auf die im geltenden Strafprozeßrechte geordneten Rechtsmittel mit ausdehnt.

Der Entwurf sagt nun in §. 484: [1])

„Als vorbereitenden Schriftsatz soll die Revisionsschrift insbesondere die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde (Revisionsanträge) und zur Begründung der Revisionsanträge enthalten:

1. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet sei, die Bezeichnung der Rechtsnorm;
2. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Thatsachen, welche den Mangel ergeben;
3. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatsachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, die Bezeichnung dieser Thatsachen;
4. insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß eine Urkunde nicht richtig ausgelegt sei, die Bezeichnung des bezüglichen Inhaltes der Urkunde."

Nehmen wir nun den Fall, daß in dem Schriftsatze der Revisionsgrund in der unter 2. oder 3. angegebenen Weise begründet wäre, daß entsprechend dieser Begründung das Revisionsgericht in Gemäßheit der §§. 494, 495 das angefochtene Urtheil aufhebt und die Sache in die erste Instanz zurückverweist, so würde in einem dieser Fälle das Rechts-

---

[1]) Die Einleitungsworte des Paragraphen übersehe ich keinesweges, komme vielmehr auf dieselben noch besonders zurück.

mittel der Revision dem zur Zeit noch bestehenden Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, sowie dieselbe in dem bestehenden preußischen Strafverfahren geregelt ist, ungefähr so ähnlich sehen wie ein Ei dem andern.

Das Gleiche würde zu behaupten sein, wenn zur Begründung des Revisionsantrages in dem vorbereitenden Schriftsatze gesagt wäre, die Revision werde darauf gestützt, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet sei. Fände nun das Revisionsgericht, daß die in dem Schriftsatze in Gemäßheit des §. 484 bezeichnete Rechtsnorm verletzt sei; hebt demgemäß das Revisionsgericht (§§. 494, 495) das angefochtene Urtheil auf und erkennt selbst in der Sache, so ist dies auch nichts der Revision Eigenthümliches. Denn genau das Gleiche geschieht, wenn in Strafsachen eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung des Gesetzes erhoben wird, und die thatsächliche Feststellung, resp. die Fragestellung unberührt bleibt.

Der Umstand aber, daß das Revisionsgericht auch dann in der Sache selbst entscheidet, wenn die Aufhebung des Urtheils wegen unrichtiger Auslegung einer Urkunde, sowie wegen Unzuständigkeit des Gerichtes oder Unzulässigkeit des Rechtsweges erfolgt, bewirkt wohl, daß der Umfang des Rechtsmittels der Revision ein weiterer wird, als es derjenige der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde ist; für den Begriff der Revision aber würde dies gleichgültig sein.

Nun beginnt freilich die Vorschrift des §. 484 mit den Worten:

„Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Revisionsschrift Anwendung;"

und das heißt unter Bezugnahme auf §. 116, daß, wenn das Revisionsverfahren durch Schriftsätze nicht vorbereitet wird, dieses keine Rechtsnachtheile in der Sache selbst zur Folge habe. Wesentlich wird also nur die Einlegung der Revision durch Zustellung eines Schriftstückes sein, welches (§. 483) nur enthalten muß: 1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Revision gerichtet wird; 2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil die Revision eingelegt werde; 3. die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision. Die Revisionsanträge, sowie deren Begründung können dem mündlichen Verfahren vorbehalten bleiben, für welches letztere auch nur die Stellung der Revisionsanträge selbst, d. h. der Anträge in Betreff der verlangten Abänderungen des angefochtenen Urtheils (§. 453 Abs. 2), nicht aber die Begründung dieser

Anträge wesentlich ist. Das Revisionsgericht ist aber nur an die von den Parteien gestellten Revisionsanträge gebunden (§. 490); während die Begründung dieser Anträge, mag dieselbe nun in einem vorbereitenden Schriftsatze (§§. 484, 487) oder erst im mündlichen Verfahren erfolgen, den Richter keinesweges bindet. Dieser hat vielmehr das angefochtene Urtheil hinsichtlich des Rechtspunktes ganz unabhängig von dem Vorbringen der Parteien zu prüfen, und es ist der Fall nicht ausgeschlossen, daß der Revisionsrichter sich dahin entscheidet, es seien zwar diejenigen Rechtsnormen, auf deren Verletzung der Revisionskläger die Revision gestützt, keinesweges verletzt; da jedoch das angefochtene Urtheil eine von dem Revisionskläger gar nicht erwähnte Rechtsnorm verletze, so sei dem Antrage des Revisionsklägers entsprechend das Urtheil aufzuheben. [1]) (Vgl. „Begründung" S. 410—415.)

Die Frage ist nur, ob sich auch in dieser vom Gesetzgeber intendirten Weise die Praxis entwickeln werde. Dies kann ja der Fall sein; aber ebenso ist es auch möglich, daß die Praxis eine Wendung annimmt, welche von dem Gesetze nicht beabsichtigt wurde. Und dafür, daß dies geschehen könnte, enthält die „Begründung" selbst einzelne Symptome.

So, wenn es auf Seite 411 heißt: „Eine Einschränkung dieser Grundsätze" — daß nämlich der Revisionsrichter die volle erneute rechtliche Würdigung der Sache umfassen solle — „liegt nicht darin, daß Verletzungen des Verfahrens der ausdrücklichen Rüge bedürfen. Dies hat vielmehr seinen Grund in der vorgesehenen Heilung solcher Verletzungen (§. 252) und außerdem darin, daß manche Verletzungen dieser Art durch Thatsachen begründet werden müssen, welche nur zum Nachweise der Verletzung Bedeutung haben und ohne die Rüge der Verletzung nicht verständlich sind." Gewiß, diese Aeußerung der „Begründung" ist eine Konsequenz des in §. 252 aufgestellten Grundsatzes. Aber für die Revision ergiebt sich hieraus die Folge, daß der Revisionsrichter auf die Prüfung des Verfahrens nur dann und nur soweit eingehen kann, als in der Begründung des Revisionsantrages Fehler des Verfahrens gerügt sind. Der Revisionsrichter wird mithin in diesem

[1]) Die Vorschrift des §. 493: „Ergeben die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung oder die unrichtige Auslegung von Urkunden, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen" — ist auch als eine Konsequenz dieser Anschauung aufzufassen. Das Urtheil wird eben nicht aufgehoben; denn hat sich auch der Richter geirrt, so ist schließlich der Partei nicht Unrecht geschehen.

Falle nicht blos auf den von dem Revisionskläger gestellten Revisionsantrag, sondern auch auf die von demselben beigebrachte Begründung dieses Antrages beschränkt. Sollte dies nicht auch auf diejenigen Fälle zurückwirken, in welchen die Revision auf Verletzung eines Rechtsgrundsatzes gestützt wird?

„In der Natur liegt es“, so sagt die „Begründung“ an einer anderen Stelle, „daß die Partei, um den Erfolg des Rechtsmittels zu sichern, den Punkt, an welchem das Urtheil angreifbar ist, aufsuchen und bei der mündlichen Verhandlung hervorheben wird. Sie kann dies ohne jede Schranke ausführen, und eine vollständige Erörterung der Sache, für welche auch das Gericht zu sorgen hat, wird dahin führen, daß keine Gesetzesverletzung, welche dem Urtheil zu Grunde liegt, unerörtert bleibt. Es genügt aber der Vortrag des Sachverhältnisses mit dem darauf gestützten Antrage, um jede wirklich vorliegende Gesetzesverletzung zur Entscheidung des Richters zu bringen: eine bestimmte Formulirung der angeblich verletzten Rechtsnorm ist nicht erforderlich. Deshalb ist es nur thatsächlich richtig, zu sagen, daß die Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung des Urtheils begründet, von der Partei gerügt wird. Rechtlich ist die Aufhebung des Urtheils von der ausdrücklichen Rüge ebenso unabhängig, wie es die Zurückweisung der Revision von einer besseren Begründung des angefochtenen Urtheils durch den Revisionsbeklagten ist, immer vorausgesetzt den Vortrag des Sachverhältnisses durch die Parteien.“

Also „thatsächlich“ richtig ist es, daß die Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung des Urtheils begründet, von der Parthei gerügt wird! Hierdurch scheint doch angedeutet zu sein, daß man in den Ausführungen der Parteien nicht sowohl die bloße Veranlassung, vielleicht eine Hülfe, für den Revisionsrichter erblickt, die Sache hinsichtlich des Rechtspunktes vollständig von neuem zu prüfen, sondern daß man erwartet, daß „thatsächlich“ die Parteien dem Richter alles dasjenige mittheilen werden, worin denkbarer Weise die Gesetzesverletzung gefunden werden könnte. Dies würde dann aber auch die weitere, allerdings nur „thatsächliche“ Folge haben, daß der Revisionsrichter bei Prüfung der Sache sich auf die von den Parteien erhobenen Rügen beschränken wird, wenn er sich auch rechtlich hierauf nicht zu beschränken braucht.

Es würde noch anzuführen sein, daß die Vorschriften der §§. 484, 485, betreffend die Begründung der Revisionsanträge durch vorbereitende

Schriftsätze den Zweck zu verfolgen scheinen, den Inhalt des mündlichen Verfahrens wenigstens in seinen Umrissen zu bezeichnen; sowohl für den Gegner, wie auch für den Richter. Aenderungen und Ergänzungen können ja im mündlichen Verfahren vorgenommen werden; aber zweifelhaft möchte es sein, ob und inwieweit die Parteien es für praktisch halten werden, dieses zu thun. Der Richter kann ja finden, daß der vom Revisionskläger gestellte Antrag sich rechtfertigt wegen einer von letzterem außer Acht gelassenen Rechtsnorm; da indessen der Richter — nach dem Prinzip der Unmittelbarkeit — die Sache erst aus dem Vortrage der Parteien überhaupt kennen lernt, so ist es fraglich, ob diese Eventualität überhaupt eintreten, und ob in solcher Weise eintreten werde, daß sie für die Gestaltung der Praxis von maßgebendem Einfluß sein möchte.

Genug, die Vorschriften des Entwurfes — das soll ja gewiß nicht in Abrede gestellt werden — können sich in der Praxis derartig entwickeln, daß das Rechtsmittel der Revision seiner juristischen Natur nach ein anderes wird, als es die Kassation ist. Es würde dann dieses Rechtsmittel der gemeinrechtlichen Appellation gleichstehen — wenn man nur aus letzterer das beneficium novorum und die erneuerte Beweisführung durch den höheren Richter herausnimmt. — Und daß selbst unter dieser Voraussetzung das Prinzip der duae conformes in einem sehr viel weiteren Umfange wirksam werden würde, als dies bisher irgendwo und irgendwann der Fall gewesen, darauf ist oben bereits hingewiesen worden.

Es darf indessen auch nicht übersehen werden, daß die Vorschriften des Entwurfes in der Praxis sich derartig gestalten können, daß die Revision der Sache nach nichts weiteres wird, als eine auch auf die unrichtige Auslegung von Urkunden mit ausgedehnte Kassation. Und in diesem Falle würde das Prinzip der duae conformes nicht mehr dadurch gerechtfertigt werden können, daß den Parteien zwei Instanzen gewährt seien. Vielmehr würde dann die Sache so liegen, daß den Parteien außer einer Instanz noch die Kassation zu Gebote stünde, und daß sie das Superarbitrium des höchsten Gerichtshofes anrufen dürfen, falls die Rechtsauffassung des Instanzgerichtes und des Kassationsgerichtes auseinandergehen sollten. In dieser Weise würde aber doch der Anforderung der Prozeßparteien, von denen die „Begründung“ (S. 50) es selbst anerkennt, daß sie berechtigter Weise an den Staat gestellt werden dürfe, nämlich die Möglichkeit, ihren Rechts-

streit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln, schwerlich genügt sein. Wenigstens ist es zweifellos, daß, wo man bis jetzt die Parteien darauf beschränkt hat, ihren Prozeß nur zweimal zu verhandeln, man denselben sehr viel mehr gewährt hat, als der Entwurf ihnen gewähren will.

Man kann ja zur Rechtfertigung der duae conformes anführen, es erscheine irrationell, wenn man beispielsweise die erste Instanz mit drei, die zweite mit fünf, die dritte mit sieben Richtern besetzt dächte, daß dann gegen das übereinstimmende Urtheil der ersten und zweiten Instanz, d. h. der acht Richter, die sieben Richter der dritten Instanz sollen erklären dürfen, jene acht hätten unrichtig geurtheilt. Mit einem solchen Argument würde man freilich nicht weit kommen: schon um deswillen nicht, weil bei Anerkennung des Majoritätsprinzipes in den beiden ersten Instanzen je 2 und 3 für die eine, und in der dritten Instanz sechs oder sieben Richter sich für die entgegengesetzte Ansicht entscheiden könnten. Derartige Majoritätsberechnungen würden überdies in keinem Falle auf das Rechtsbewußtsein der Parteien einen Einfluß zu äußern im Stande sein. Die dritte Instanz gilt nun einmal für diejenige Stelle, an welcher das Recht am reinsten gewiesen wird, und — falls nur die Sache zu denjenigen gehört, welche überhaupt bis zur dritten Instanz verfolgt werden können — wird es der unterliegenden Partei unbillig erscheinen, um deswillen von dieser Instanz ausgeschlossen zu bleiben, weil, vielleicht in Folge irgend welcher Zufälligkeiten die beiden unteren Instanzen übereinstimmend eine ihr nachtheilige Anschauung gewonnen haben.

Die „Begründung" (S. 424, 425) führt zur Abwehr von Angriffen, welche gegen das Prinzip der duae conformes erhoben werden, folgendes aus:

„Die Besorgniß, daß der Ausschluß der Oberrevision gegen duae conformes die Gerichte erster und zweiter Instanz veranlassen werde, sich von der Judikatur des Oberrevisionsgerichtes zu emanzipiren und den mit dem Rechtsmittel dritter Instanz angestrebten Zweck einheitlicher Rechtspflege zu vereiteln, hat eine überwiegende theoretische Natur und wird durch die Erfahrungen in denjenigen Rechtsgebieten, in denen der Zutritt zu dem höchsten Gerichte durch das Erforderniß der Difformität der Vorentscheidungen beschränkt oder durch das Erforderniß einer Beschwerdesumme in der Mehrzahl aller Prozesse ausgeschlossen ist, nicht bestätigt. Kann nur

jede Rechtsfrage zur Entscheidung des Oberrevisionshofes gelangen, so ist die Zulässigkeit der Oberrevision in jedem einzelnen Falle kein unabweisbares Bedürfniß, denn das Gewicht der Präjudikate des Oberrevisionsgerichtes ist derart, daß sich kein Gericht demselben zu entziehen vermag — auch in denjenigen Sachen nicht, in denen es möglich wäre, die Judikatur des Oberrevisionsgerichtes auszuschließen."

Diesen Ausführungen vermag ich nicht zuzustimmen, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Es ist nicht das Gleiche, ob die Kompetenz des höchsten Gerichtshofes durch duae conformes, oder ob dieselbe durch das Nichtvorhandensein einer bestimmten Beschwerdesumme ausgeschlossen wird. In dem letzteren Falle nämlich können Rechtsstreitigkeiten, in denen es sich um die gleiche Rechtsnorm, wie bei geringfügigeren Sachen handelt, an die dritte Instanz gelangen. Muß dann das Gericht zweiter Instanz die von dem Oberrevisionsgericht ausgesprochene Rechtsansicht seiner Entscheidung zu Grunde legen, so wird es nicht umhin können, auch in geringfügigeren Rechtsstreitigkeiten das Gleiche zu thun. Schließt dagegen Konformität der beiden ersten Erkenntnisse die Kompetenz des höchsten Gerichtshofes aus, so ist nur erforderlich, daß das Gericht erster und das zweiter Instanz in der Auffassung einer Rechtsnorm miteinander übereinstimmen. Mag dann die Sache die größte oder die kleinste sein, so wird es bei der Rechtsanschauung der unteren Instanzen verbleiben, weil die Rechtsnorm selbst der Kognition des höchsten Gerichtshofes entzogen bleibt.

2. Was die Erfahrungen anbelangt, so kommen diejenigen Preußens gar nicht in Betracht. Zunächst deshalb nicht, weil in Preußen gegen duae conformes die Richtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung eines Rechtsgrundsatzes zuläßig ist, damit aber auch dem Obertribunal die Möglichkeit gewährt wird, die Rechtseinheit innerhalb seines Bezirkes aufrecht zu erhalten. Sodann aber auch deswegen nicht, weil das Obertribunal ein preußischer Gerichtshof ist, der in innigster Weise mit den organischen Einrichtungen des preußischen Staates verbunden, den Gedanken gar nicht entstehen läßt, daß die Instanzgerichte, als einer gewissermaßen nur äußerlich neben ihnen stehenden staatlichen Einrichtung, sich der Autorität des Gerichtshofes zu entziehen, irgend welche Veranlassung hätten.

Die Erfahrungen des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck in hamburger Sachen mögen wenig umfänglich erscheinen, sind jedoch

vielleicht nicht gänzlich außer Acht zu lassen. In der Natur der Sache liegt es, daß Sachen, in welchen das Obergericht mit einem der Gerichte der ersten Instanz gleicher Ansicht sind, an das Oberappellationsgericht nur dann gelangen können, wenn die Parteien darüber streiten, ob oder inwieweit duae conformes vorliegen. Thatsache aber ist es, daß Rechtsfragen existiren, welche von einem Gerichte erster Instanz in Uebereinstimmung mit dem Obergerichte entschieden werden, während über die gleiche Rechtsfrage ein anderes Gericht erster Instanz eine von dem Obergerichte abweichende, aber mit der Auffassung des Oberappellationsgerichtes übereinstimmende Ansicht hat. Die Folge davon ist, daß, wenn eine Sache, bei welcher es auf die Entscheidung der betreffenden Rechtsfrage ankommt, bei dem einen Gerichte erster Instanz anhängig wird, dieselbe — wegen der duae conformes — nach der Ansicht des Obergerichtes, daß dagegen, wenn die Sache bei dem anderen Gerichte erster Instanz anhängig wird, dieselbe — wegen der Difformität der Erkenntnisse — nach der Ansicht des Oberappellationsgerichtes entschieden wird. [1]) Dies zeigt, daß der Grundsatz der duae conformes zu Rechtsungleichheiten selbst in dem engen Bezirke des hamburger Obergerichtes führt. Diese Gefahr wird dadurch aber gewiß keine geringere, wenn man an die in Aussicht genommenen großen Revisionsgerichtsbezirke, sowie daran denkt, daß das künftige höchste Reichsgericht dasjenige Organ sein soll, welches trotz der duae conformes für sämmtliche Revisionsgerichtsbezirke des deutschen Reiches die Rechtseinheit wahren soll. Es ist unter diesen Umständen auch in der That nicht einzusehen, wie die „Begründung" zu der Ansicht gelangt ist, daß die Besorgniß, die duae conformes könnten den Zweck der erstrebten einheitlichen Rechtspflege vereiteln, eine überwiegend theoretische Natur habe.

3. Durch das Prinzip der duae conformes hat sich für die Stellung des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck zu den Gerichten des

[1]) So ist z. B. das Obergericht und mit ihm eines der Gerichte erster Instanz der Ansicht, daß der inscribirte Hypothekengläubiger durch den Konkurs des Schuldners nicht verhindert werde, die zur eigenen Prosekution des Grundstückes erforderlichen Schritte einzuschlagen; während das Oberappellationsgericht in Uebereinstimmung mit einem anderen Gerichte erster Instanz an der Ansicht festhält, daß nach hamburgischem Konkursrechte dem Hypothekengläubiger im Allgemeinen ein Separationsrecht nicht zustehe, dieses vielmehr nur dann der Fall sei, wenn er das Grundstück bereits vor der Insolvenzerklärung des Eigenthümers prosequirt und ein Verkaufserkenntniß erwirkt habe.

hamburgischen Staates ein Verhältniß ergeben, welches nicht bedeutungslos sein dürfte für das Verhältniß, welches sich auf der gleichen Grundlage zwischen dem höchsten deutschen Gerichtshofe und den Gerichten der einzelnen deutschen Staaten herstellen wird. Die hamburger Gesetzgebung ist nämlich — in ähnlicher Weise wie der Entwurf — von der Anschauung ausgegangen, daß den Parteien genug gewährt sei, wenn ihnen verstattet werde, ihre Rechtsstreitigkeiten in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln — und zwar vor den Gerichten des hamburgischen Staates. Wenn also die hamburgischen Gerichte, zuletzt das hamburger Obergericht, erkannt haben, so ist die Sache zu Ende. Nur wenn difforme Erkenntnisse vorliegen, soll die Appellation an das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zulässig sein, nicht eigentlich als an ein Gericht des hamburgischen Staates, sondern als an eine außerhalb Hamburgs stehende, wenn auch von diesem Staate durch vierteljährlichen Matrikularbeitrag mit sustentirte, Spruchbehörde. Wenn nun bei der bevorstehenden Gerichtsorganisation die Revisionsgerichte Landesgerichte der einzelnen deutschen Staaten werden sollten, so glaube ich, daß mit Hülfe der duae conformes die Revisionsgerichte dem höchsten Reichsgerichte eine ähnliche Stellung anweisen könnten, wie dieselbe dem Lübecker Oberappellationsgerichte durch den hamburgischen Staat angewiesen ist. Die Folge davon würde dann die sein, daß die einzelnen Gerichte in den deutschen Staaten nicht als Glieder der gemeinsamen deutschen Gerichtsorganisation sich fühlen, sondern daß es nach wie vor preußische, sächsische, bayerische u. s. w. Gerichte gebe, und daß diese prinzipiell die Rechtsstreitigkeiten ihrer Staaten definitiv entschieden. Der höchste deutsche Gerichtshof aber würde nicht die Spitze der gemeinsamen deutschen Gerichtsorganisation bilden, sondern lediglich eine außerhalb der einzelnen deutschen Staaten stehende Spruchbehörde sein, dazu bestimmt, ein Superarbitrium dann abzugeben, wenn die den einzelnen deutschen Staaten zugehörenden Revisionsgerichte mit einem oder dem anderen der ihnen subjicirten Landgerichte in Betreff dieser oder jener Rechtsfrage verschiedener Ansicht sind. Ob unter diesen Umständen die Autorität der Präjudikate des höchsten Reichsgerichtes für die Revisionsgerichte, als die höchsten Territorialgerichte, überall von einem solchen Gewichte sein wird, wie dieses die „Begründung“ voraussetzt, möchte zweifelhaft erscheinen.

Dabei ist denn noch auf einen Punkt aufmerksam zu machen.

Ich glaube, daß wenn der höchste deutsche Gerichtshof sich in einem Präjudikate für eine Rechtsansicht entschieden hat, auch die Partei ein wohlbegründetes Recht hat, diese Rechtsansicht in einem von ihr geführten Rechtsstreite wenigstens so lange zu ihren Gunsten in Anwendung gebracht zu sehen, bis der höchste Gerichtshof selbst Veranlassung finden sollte, von seinem Präjudikate abzugehen. Wenn nun der Fall einträte — und nach dem oben Gesagten wird man denselben als eine blos theoretische Fiktion nicht ansehen mögen — daß ein Landgericht und das demselben übergeordnete Revisionsgericht gegen das Präjudikat des Oberrevisionsgerichtes und zwar konform entschieden; will man schon im Interesse der Rechtseinheit keine Gefahr hierin erblicken, wird man dann auch die Gefahr unbeachtet lassen dürfen, die darin liegt, daß die Partei von der dritten Instanz ausgeschlossen bleibt, obwohl die konformen Entscheidungen der beiden ersten Instanzen dem Präjudikate des Oberrevisionsgerichtes widersprechen?

Eins ist allerdings dem Entwurfe ohne Weiteres zuzugeben: Eine Verminderung der Arbeitslast wird sich für den höchsten Gerichtshof aus der Anerkennung des Prinzipes der duae conformes ergeben. Nicht in dem Maße, wie die „Begründung" dies vorauszusetzen scheint. Denn abgesehen davon, daß Streitigkeiten darüber, ob konform erkannt sei, nicht ausbleiben werden, unterliegt es auch keinem Zweifel, daß die Entscheidung solcher Sachen, in denen konform erkannt ist, häufiger zu den zweifellosen gehören werden, als diejenigen, in welchen difform entschieden ist. Wenn man sich demnach auch die Nichtigkeitsbeschwerde des preußischen Prozesses gegen konforme Erkenntnisse weggefallen denkt, so würde doch der Hälfte der fortgefallenen Sachen noch nicht die Freiwerdung der Hälfte der Arbeitskraft entsprechen. Aber gleichviel; Arbeitsersparniß würde die Folge der Anerkennung des Prinzipes der duae conformes sein.

Dieser Vortheil aber steht, wie ich glaube, nicht im Verhältniß zu den Nachtheilen — juristischen und politischen — von welchen die Durchführung dieses Prinzipes begleitet sein wird. Wie denn überhaupt die Ersparniß von Arbeitskraft zwar wohl nebenbei, nicht aber als Hauptsache in Betracht kommen kann. Die „Begründung" führt aus (S. 51), daß Arbeitsersparniß für den höchsten Gerichtshof geschafft werden müsse. Denn die Einsetzung eines obersten Gerichtshofes genüge noch keineswegs, um den Zweck einer, wenn auch nur indirecten Förderung der Einheit des Rechtes und der Rechtsprechung zu erreichen.

Wenn der Gerichtshof in mehrere Abtheilungen zerfalle, so sinke in demselben Maße als die Abtheilungen wachsen, die Aussicht auf die Erreichung jenes Zweckes, weil alle künstlichen Mittel, die Differenz der Ansichten der mehreren Abtheilungen zu beseitigen, zumal bei mündlichem Verfahren, [1]) sich als ganz ungenügende erwiesen.

Wünschenswerth würde es ja sein, wenn der höchste Gerichtshof nur in einer Abtheilung arbeiten könnte. Dieses Ziel läßt sich aber in keinem Falle erreichen. Die Voraussetzung hierzu würde sein, daß die Arbeiten des Oberrevisionsgerichtes von wenig mehr als sieben Richtern bewältigt werden können, da eine kollegialische Entscheidung von mehr als etwa 7 Richtern keinen rechten Sinn mehr hat. Immer wird man also darauf zu rechnen haben, daß der höchste Gerichtshof in mehreren Abtheilungen arbeiten werde, und die nicht zu verkennenden Uebelstände, die sich hieraus ergeben, wird man, wie bisher, so auch für die Zukunft, in den Kauf nehmen müssen. Wie sehr es möglich sein wird, Konformität der Rechtsansichten unter den mehreren Abtheilungen des höchsten Gerichtes zu erzielen, wird weniger von den Bestimmungen eines etwa zu erlassenden Reglements, [2]) als von der Art und Weise der Handhabung desselben abhängen. Daß übrigens die Mittel, die Differenz der Ansichten unter den mehreren Abtheilungen desselben Gerichtes auszugleichen, sich als „ganz ungenügende“ erwiesen hätten, dürfte z. B. für das preußische Obertribunal wie auch für das Reichsoberhandelsgericht bezweifelt werden. Denn man könnte in der That nicht recht einsehen, wie das Verlangen, die Einheit der Rechtspflege durch einen höchsten Gerichtshof gewahrt zu sehen, hätte entstehen sollen, wenn die größten unter den vorhandenen höchsten Gerichtshöfen dieser Aufgabe sich so gar nicht gewachsen gezeigt hätten.

Die „Begründung“ führt sodann aus:

> „Wenn das etatsmäßige Richterpersonal des preußischen Obertribunals aus 57 Mitgliedern, das etatsmäßige Richterpersonal des preußischen Oberappellationsgerichtes aus 16 Mitgliedern besteht

---

[1]) Was hier das mündliche Verfahren soll, ist nicht deutlich. Die Rechtsanschauung einer Abtheilung des Gerichtes tritt ja nicht in dem Verfahren, sondern in dem Urtheil und den Entscheidungsgründen zu Tage. Diese aber sind aufgezeichnet, wenn es sich darum handelt, zu prüfen, ob die Rechtsansicht der einen Abtheilung mit derjenigen der anderen Abtheilung in Uebereinstimmung sich befindet oder ob dies nicht der Fall ist.

[2]) Vergl. z. B. das Regulativ für den Geschäftsgang bei dem Bundesoberhandelsgericht (Entscheidungen Bd. II. S. 7 ff., namentlich §. 9).

und daneben das vorläufig mit 18 Personen besetzte Reichsoberhandelsgericht in Betracht gezogen wird, so würde die Zahl der Mitglieder eines obersten Reichsgerichtes mit der Zuständigkeit der vorgedachten Gerichtshöfe auf 100 noch gering beziffert sein. Ein solcher Gerichtshof wird als Unmöglichkeit oder doch als eine fehlsame Institution bezeichnet werden dürfen."

Dieser Berechnung gegenüber ist geltend zu machen, zunächst, daß durch die Einsetzung des Reichsoberhandelsgerichtes die bisherige Zahl der Richter bei den zur Zeit bestehenden höchsten deutschen Gerichtshöfen keine geringere geworden ist. Die 18 Mitglieder des Reichsoberhandelsgerichtes sind demnach aus der Berechnung fortzulassen. Nimmt man nun an, daß der Oberrevisionshof die gleiche Arbeit, welche jetzt von den beiden preußischen Gerichten für Preußen geleistet wird, für ganz Deutschland leisten solle, so würde sich bei der Bevölkerung Preußens von rund 24 Millionen und der Bevölkerung des deutschen Reiches von rund 41 Mill. das Erforderniß von etwa 100 Richtern herausstellen.

Nun zeigt aber der Entwurf, daß, selbst wenn man von den in §§. 497 und 498 aufgestellten Beschränkungen hinsichtlich der Zulässigkeit der Oberrevision ganz absieht, die Arbeitslast des höchsten Gerichtshofes eine sehr viel geringere werden muß, als es gegenwärtig die der beiden preußischen Gerichte ist, da eine sehr große Zahl von Sachen an das Oberrevisionsgericht gar nicht gelangen kann, welche gegenwärtig von den beiden preußischen Gerichten entschieden werden. Dies folgt namentlich daraus, daß nicht nur für die dritte, sondern auch schon für die zweite Instanz das beneficium novorum, sowie die erneuerte Beweiswürdigung beseitigt sind. Wie groß die Arbeitsbeschränkung, welche diese Vorschriften veranlaßt, sein werde, läßt sich allerdings nicht übersehen; nur das läßt sich behaupten, daß sie eine sehr bedeutende sein müsse. Denn nicht blos darauf kommt es an, daß bei dem Oberrevisionsgerichte selbst, auch in den Fällen nicht, in denen dies jetzt noch zulässig ist, nova nicht vorgebracht werden dürfen; nicht blos darauf, daß dem Oberrevisionsgerichte selbst eine erneuerte Beweiswürdigung nicht zusteht; sondern namentlich kommt auch der Umstand in Betracht, daß das Eine wie das Andere schon in der zweiten Instanz nicht mehr zulässig ist. Dies aber muß dazu führen, daß die Parteien in sehr vielen Fällen, auch ohne gesetzliche Sanctionirung des Prinzipes der duae conformes, von dem Beschreiten der dritten Instanz Abstand nehmen werden.

Uebrigens würde auch keine Veranlassung sein, an den höchsten Gerichtshof diejenigen Sachen gelangen zu lassen, mit welchen z. B. das preußische Obertribunal in Folge der Nichtigkeitsbeschwerde sich zu befassen hat, und bei welchen die Beschwerdesumme die für die preußische Revision erforderliche Beschwerdesumme nicht erreicht. Ja man könnte diese Beschwerdesumme — jetzt 500 Thlr. — entsprechend dem verringerten Werthe des Geldes sehr wohl noch um etwas — vielleicht bis 2000 Reichsmark — erhöhen.

Die „Begründung" verkennt es nicht, daß hierin ein wirksames Mittel liegen würde, die Arbeit des höchsten Gerichtshofes zu verringern. Indessen (S. 52):

> „Eine entsprechende Vorschrift empfiehlt sich nicht, weil die Festsetzung der einen wie der andern Summe auf Willkühr beruht, sodann aber, weil die Beschränkung der Rechtsmittel mit Rücksicht auf den Werthbetrag des Streitgegenstandes oder des Beschwerdegegenstandes ebensowenig mit allgemeinen Prozeßprinzipien als mit dem Rechtsmittelsystem des Entwurfes im Einklange stehen würde."

Es ist nun aber doch Thatsache, daß der Entwurf sowohl die Revision wie auch die Oberrevision in allen denjenigen Sachen ausschließt, welche in erster Instanz zur Kompetenz der Amtsgerichte gehören. Bis wie weit die Kompetenz dieser Gerichte ausgedehnt werden soll, darüber sagt zwar der Entwurf zur Civilprozeßordnung nichts, und ist dieses wohl dem Gerichtsverfassungsgesetze vorbehalten. So viel aber darf doch angenommen werden, daß zur Kompetenz der Amtsgerichte auch solche Sachen gehören werden, welche lediglich das Vermögen betreffen. Wie hoch man nun in solchen Sachen den Betrag des Streitgegenstandes fixiren mag, irgendwie wird man dies doch thun müssen. Hängt nun das Rechtsmittel der Berufung davon ab, daß die Sache in erster Instanz vor dem Amtsgerichte, hängt die Revision und Oberrevision davon ab, daß die Sache in erster Instanz vor dem Landgerichte verhandelt sei, so folgt hieraus, daß auch diese letzteren Rechtsmittel von der Höhe des Streitgegenstandes abhängig sind.

Hierin liegt auch in der That nichts, was mit dem Vorwurfe der „Willkührlichkeit" zu tadeln wäre. Denn oft genug kommt die Gesetzgebung in die Lage, grenzbestimmende Anordnungen treffen zu müssen, von denen es zwar prinzipiell feststeht, daß sie getroffen werden müssen, bei denen aber die Bestimmung der Grenze selbst lediglich von Zweck-

mäßigkeitsgründen abhängt. Zu Anordnungen dieser Art gehört auch diejenige, welche das Beschreiten der dritten Instanz von der Größe einer bestimmten Beschwerdesumme abhängig macht. Denn daß bei bedeutenderen Sachen größere Garantien des Verfahrens darzubieten sind, als bei unbedeutenderen, das ist ein Gedanke, von dem man nicht behaupten kann, daß er prozessualischen Prinzipien widerspräche, von dem vielmehr gesagt werden muß, daß er sich aus der Natur der Sache von selbst ergebe. Die Frage ist also auch nur: Wie bedeutsam muß die Sache sein, damit ihr diejenige prozessualische Garantie gewährt werde, welche die dritte Instanz darbietet. Und die Antwort auf diese Frage giebt theils im Interesse der Parteien die Rücksichtnahme auf diejenigen Bestimmungen, welche bis zur Zeit den Zugang zur dritten Instanz regelten, theils auch der Gesichtspunkt, daß die dritte Instanz die Einheit der Rechtspflege herbeiführen soll. Die Rechtsfragen sind an eine bestimmte Höhe des Streitgegenstandes oder der Beschwerdesumme nicht gebunden und für die Wahrung der Rechtseinheit genügt es daher, wenn die Höhe der Beschwerdesumme so bemessen wird, daß innerhalb des abgegrenzten Gebietes diejenigen Rechtsfragen muthmaßlich entstehen werden, welche im Interesse der einheitlichen Rechtspflege zu beantworten sind.

Die dritte Instanz zu versagen, weil eine bestimmte Beschwerdesumme nicht vorhanden, ist zur Zeit geltendes Recht in Deutschland. Daß dies zu praktischen Uebelständen geführt habe, ist von der „Begründung" nicht behauptet worden. Wir dürfen demnach auch annehmen, daß dieses nicht der Fall sei. Hieran anzuknüpfen, um die Einrichtung eines höchsten deutschen Reichsgerichtes praktisch zu ermöglichen, erscheint demnach gerathener, als mit Bestimmungen vorzugehen, deren Bedenklichkeit in mehr als einer Beziehung darzuthun, durch die vorstehenden Ausführungen versucht wurde.

## VII.

# Das deutsche Reich als Privatrechtssubjekt.

Von Herrn Dr. Max Seydel in München.

Die Reichsverfassung beschäftigt sich nirgends mit der privatrechtlichen Stellung des Reiches. Dessenungeachtet verdient diese Frage, bei ihrer allgemeinen Wichtigkeit, eine nähere Betrachtung. Wenn auch Laband in seiner Abhandlung über das Finanzrecht des deutschen Reiches (Hirth's Annalen 1873 S. 405 ff.) bereits nähere Ausführungen in dieser Hinsicht gegeben hat, so dürften doch, namentlich mit Rücksicht auf die seitdem erfolgte Weiterentwickelung des Reichsrechtes, noch einige Bemerkungen Platz finden.

Seiner rechtlichen Natur zu Folge ist das Reich nichts Anderes, als die Gesammtheit der verbündeten Herrscher. Jeder derselben ist fähig, in seiner Eigenschaft als Herrscher Subjekt von Privatrechten und Verbindlichkeiten zu sein, also Staatsvermögen zu besitzen. Es ist wohl üblich, dieses Staatsvermögen unter dem Namen „Fiskus" als ein zur juristischen Persönlichkeit erhobenes Vermögen zu betrachten; allein es giebt kaum eine Fiktion, die überflüssiger wäre als diese.

Wenn nun eine Anzahl von Herrschern zu einem Bunde sich vereinigt, so können diese selbstverständlich auch ein gemeinsames Vermögen zum Zwecke der Bestreitung des gemeinsamen Aufwandes besitzen.

Dies kann entweder in der Art geschehen, daß das Bundesvermögen als ein ideell getheiltes und reell theilbares Vermögen der Mitglieder erscheint, also nach den privatrechtlichen Grundsätzen der Gesellschaft behandelt wird, oder so, daß dasselbe als ungetheiltes Vermögen der Gesammtheit betrachtet wird, daß sich also die verbündeten Herrscher für die gemeinschaftlichen privatrechtlichen Beziehungen der vermögensrechtlichen Verkehrsform der juristischen Person bedienen. In diesem

letzteren Falle mag, man, wenn man sich der üblichen Redeweise bedienen will, analog, wie von einem Staatsfiskus, auch von einem Bundesfiskus sprechen. Als sog. Substrat dieser juristischen Person ist richtiger die Gesammtheit der Verbündeten, nicht das Vermögen selbst zu betrachten.

Da nun dieses Vermögen gemeinsames Staatsgut Aller ist, so ergiebt sich, daß dasselbe, soweit besondere gesetzliche Vorschriften nicht anders bestimmen, in jedem Bundesstaate die gleiche rechtliche Behandlung erfahren muß, wie dessen besonderes Staatsgut. Der Bundesfiskus genießt daher in jedem Bundeslande alle privat- und öffentlichrechtlichen Privilegien, welche dem Landesfiskus zustehen, und es kommen für ihn insbesondere bezüglich seines Gerichtsstandes dieselben prozessualen Grundsätze zur Anwendung, welche für den Staatsfiskus gelten.

Betrachten wir nun das positive Recht des deutschen Reiches, so finden wir weder in der Reichsverfassung, noch in der norddeutschen Bundesverfassung das Dasein eines Bundesfiskus anerkannt. Insbesondere ist, wie auch Laband (a. a. O. S. 409; vergl. dagegen S. 410) zugiebt, in Art. 73 eine solche Anerkennung nicht zu finden. Martitz hatte daher zur Zeit, wo er seine „Betrachtungen über die Verfassung des norddeutschen Bundes" schrieb (1868), vollkommen Recht, wenn er meinte, daß ein Bundesfiskus juristisch nicht existire (a. a. O. S. 35).[1])

Die Anhänger des Bundesstaatsbegriffes (vergl. hierüber meine Abhandlung in der Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 1872 S. 185—256) sind freilich hier nicht lange in Verlegenheit. Sie sagen einfach so: „Es ist ein unbezweifelter Satz des gemeinen Rechtes, daß jeder Staat ipso jure eine selbständige, unabhängige privatrechtliche Persönlichkeit hat, daß also jedem Staate seiner Natur nach die Eigenschaft als Fiskus zukommt, auch wenn sie ihm nicht ausdrücklich beigelegt ist. Jeder Bundesstaat, der ja ein wahrer, wirklicher Staat, wenngleich mit beschränkter Kompetenz ist, nimmt daher an dieser allgemeinen Eigenschaft aller Staaten Theil und hat demgemäß seine eigene vermögensrechtliche Persönlichkeit, während bei einem bloßen Staatenbunde eine einheitliche vermögensrechtliche Per-

[1]) Dies wird auch noch für die spätere Zeit anscheinend durch Ziffer XIV. §. 2 des bayerischen Schlußprotokolls bestätigt, wo gesagt ist, das mobile Material der neu anzulegenden bayerischen Befestigungen werde „gemeinsames Eigenthum der Staaten des Bundes."

sönlichkeit nach Art einer Korporation nicht von selbst gegeben ist, sondern besonders konstituirt werden muß" (Laband a. a. O. S. 409).

Diese Beweisführung können wir, als Gegner des Bundesstaatsbegriffes, uns natürlich nicht aneignen; wollen aber schon hier bemerken, daß diese grundsätzlich ganz verschiedene Auffassung Laband's ihn auffallender Weise bezüglich der rechtlichen und prozessualen Stellung des Reichsfiskus zu denselben Ergebnissen geführt hat, wie uns.

Müssen wir sonach auf Grund der Reichsverfassung das Dasein eines Reichsfiskus läugnen, so finden wir doch durch die Reichsgesetzgebung denselben allmälig anerkannt. Laband hat mehrere der hier einschlägigen Bestimmungen zusammengestellt (a. a. O. S. 411).

Der Begriff „Bundesfiskus" tritt zuerst im Gesetze vom 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei auf, welches in §. 2, festsetzt, daß Klagen wegen Entschädigungen „gegen den Bundesfiskus, vertreten durch das Reichskanzleramt" zu richten sind.

Das Militairpensionsgesetz vom 27. Juni 1871 sagt ferner in §. 116:

„In Ermangelung einer anderen landesgesetzlichen Bestimmung wird der Militairfiskus durch die oberste Militair-Verwaltungsbehörde des Kontingentes, der Marinefiskus durch das Marineministerium (nun kaiserliche Admiralität) vertreten und ist die Klage bei demjenigen Gerichte anzubringen, in dessen Bezirk die betreffende Behörde ihren Sitz hat."

Was hier Militairfiskus genannt wird, ist entweder Reichsfiskus oder Landesfiskus (Bayern!), während der Marinefiskus ganz unzweifelhaft nichts anderes als der Reichsfiskus ist.

§. 42 des Festungsrayongesetzes vom 21. Dezember 1871 bestimmt:

„Die nach den §§. 40 und 41 anzustellenden Klagen sind gegen den Reichsfiskus zu richten, welcher durch die Kommandantur vertreten wird."

§. 151 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 besagt: „Der Reichsfiskus wird durch die höhere Reichsbehörde, unter welcher der Reichsbeamte steht oder gestanden hat, oder falls er direkt unter der obersten Reichsbehörde steht oder gestanden hat, durch die oberste Reichsbehörde vertreten.

Es läßt sich sonach nicht in Abrede stellen, daß nach der Entwickelung, welche das Reichsrecht gefunden hat, in der That ein ein Reichs-

fiskus vorhanden ist. Nur darf man sich über die Tragweite dieser Rechtsumgestaltung nicht täuschen.

Es handelt sich um nichts mehr und weniger als um eine aus zahlreichen Gründen des praktischen Vortheils sich empfehlende Fiktion für den privatrechtlichen Verkehr des Reiches: in der Wirklichkeit ist das (aktive und passive) Vermögen des Reiches nichts Anderes als gemeinsames Vermögen der Verbündeten, und es hat daher die Ausdrucksweise in Ziffer XIV. §. 2 des bayer. Schlußprotokolles, deren wir oben Erwähnung thaten, ihre volle Berechtigung.

Unter den Bestandtheilen des Reichsvermögens sind hervorzuheben:

1. die elsaß-lothringischen Eisenbahnen, welche zu Folge des Frankfurter Friedens vom 10. Mai 1871 (Zusatzartikel 1) erworben wurden und Reichseigenthum, nicht Staatsgut des Reichslandes sind;
2. der durch das Gesetz vom 11. November 1871 gebildete Reichskriegsschatz von 40 Mill. Thalern.
3. der durch Gesetz vom 23. Mai 1873 geschaffene Reichsinvalidenfond;
4. der durch das Gesetz vom 30. Mai 1873, betreffend die Geldmittel zur Umgestaltung und Ausrüstung von deutschen Festungen, gebildete Reichsfestungsbaufond.

Einen bedeutenden Zuwachs an Vermögensstücken hat endlich das Reich durch das Gesetz über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände, v. 25. Mai 1873, (R.-G.-Bl. S. 113) erhalten.

Dieses Gesetz stellt in seinem §. 1 den Grundsatz auf:

„An allen dem dienstlichen Gebrauche einer verfassungsmäßig aus Reichsmitteln zu unterhaltenden Verwaltung gewidmeten Gegenständen stehen das Eigenthum und die sonstigen dinglichen Rechte, welche den einzelnen Bundesstaaten zugestanden haben, dem Deutschen Reiche zu. Der Zeitpunkt des Ueberganges dieser Gegenstände in eine solche Verwaltung ist als Zeitpunkt des Ueberganges der Rechte auf das Reich anzusehen."

Diese Bestimmung — wir sehen im Folgenden von den im §. 2 des Gesetzes festgestellten Ausnahmen ab — hat den Zweck, eine endgültige Vermögensauseinandersetzung zwischen dem Reiche und den Bundesstaaten herbeizuführen und damit eine durch die Reichsverfassung offen gelassene Frage zum Abschlusse zu bringen.

Eine grundsätzliche Regelung der Rechtsverhältnisse der dem Gebrauche einer Reichsverwaltung dienenden Sachen gebrach bisher gänzlich. Wohl hatte der Präsident des Bundeskanzleramtes, Delbrück, im ordentlichen Reichstage des Jahres 1870 (Stenogr. Ber. S. 282) erklärt, das unbewegliche Eigenthum, wie es bei dem Uebergange dieser Verwaltungen auf den Bund vorhanden war, sei bei denjenigen Staaten verblieben, welchen dasselbe zur Zeit des Ueberganges auf den Bund zustand; was dagegen das bewegliche Eigenthum anlange, so sei man von der Auffassung ausgegangen, daß dieses auf den Bund übergegangen sei; es war auch in früheren Reichstagen die Frage in diesem Sinne erörtert worden (vgl. Reichst. 1867, St. B. S. 244; Reichst. 1868, St. B. S. 309, 314, 341 u. 512). Allein diese Ansicht, welche Delbrück auch im Reichstage 1873 (Sten. Ber. S. 22) neuerdings aussprach, hat kaum den Werth einer gesetzlichen Bestimmung und es fehlt ihr zudem jede juristische Begründung. Es ist nämlich nicht einzusehen, welche rechtliche Verschiedenheit zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen bezüglich des Eigenthumsüberganges obwalten solle. Daß übrigens Delbrück's Auffassung eine sehr verbreitete war, läßt sich nicht in Abrede stellen. Sie wurde unter Anderm auch der Militairkonvention mit Hessen vom 13. Juni 1871 (abgedruckt in Hirth's Annalen V. S. 57) zu Grunde gelegt, welche in Art. 20 in Bezug auf die Garnisoneinrichtungen an Gebäuden und Grundstücken die Fortdauer der bisherigen Eigenthumsverhältnisse anerkennt, in Art. 21 aber hinsichtlich der vorhandenen Materialbestände bestimmt, daß dieselben an das Reich übergehen sollen.[1]) Ebenso wurden „in den Hauptetats der Militair- und Marineverwaltung die Erlöse für verkaufte unbrauchbare Gegenstände in Einnahme oder auf entsprechende Ausgabepositionen in Abzug gebracht, während diese Erlöse ohne die Voraussetzung eines dem Bunde an jenen Gegenständen zustehenden Eigenthumes der Bundeskasse überhaupt nicht hätten zu Gute gerechnet werden können". (Drucks. des Reichstages 1873 Nr. 76 S. 8.) Den praktischen Grund der Unterscheidung hat Laband (a. a. O. S. 426) ganz richtig darin erkannt, daß bei dem beweglichen Vermögen, welches seiner Natur nach meistens verbrauchbar ist und durch die Verwaltungsthätigkeit selbst in verhältnißmäßig kurzer Zeit immer verzehrt und wieder neu angeschafft wird, die Frage nach dem civilrechtlichen Eigen-

[1]) Vergl. auch Ziff. XIV. §. 2 des Schlußprotokolles zum bayer. Bündnißvertrage.

thümer desselben thatsächlich unerheblich ist. Die Motive zum Entwurfe des hier besprochenen Gesetzes bestätigen Laband's Bemerkung, indem sie sagen: „Es ist die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit, welche für die Mobilien dem Gedanken des Eigenthumsüberganges alsbald zur Herrschaft verholfen hat." (Drucksachen des Reichstages 1873 Nr. 6. S. 8.) Und so dürfte denn die in Rede stehende Auffassung ihre Begründung hauptsächlich in dem muthmaßlichen Willen der vertragschließenden Staaten suchen; wo ein solcher Wille vernünftiger Weise nicht anzunehmen ist, darf jene Auffassung schon von vornherein keine Geltung beanspruchen. So hat z. B. Delbrück an die preußischen Kriegsschiffe, die doch auch bewegliche Sachen sind, bei seiner obigen Aeußerung sicherlich nicht gedacht.

Wir haben den bisherigen Rechtszustand um dessentwillen ausführlicher besprochen, um darzuthun, daß aus demselben für die Gestaltung des neuen Rechtes keine Folgerungen gezogen werden können.

Es kam im Reichstage 1873 bei der Berathung des neuen Gesetzes zu lebhaften Erörterungen darüber, ob das Reich zur Erlassung desselben überhaupt zuständig sei.

Nicht mit Unrecht wurde betont, daß es sich hier um eine Enteignung handele.

„Ein solches Gesetz, wie es hier vorgelegt sei," meinte der Abg. Minckwitz (Stenog. Ber. S. 24), „würde in dieser Weise nur dann erlassen werden können, wenn man zu der Reichsverfassung einen Zusatz etwa des Inhaltes aufnähme: Das Reich ist berechtigt, zu Reichszwecken über das Eigenthum der einzelnen Staaten beliebig zu verfügen." „Es handele sich hier aber um mehr als eine Zuständigkeitserweiterung, es handele sich um Innehaltung der Grenzen, die nach der übereinstimmenden Ansicht aller Staatsrechtslehrer jeder gesetzgebenden Gewalt gesteckt seien. Keinem Staate könne das Recht zugestanden werden, sich durch seine gesetzgebenden Faktoren Eigenthum oder andere wohlerworbene Rechte dritter Personen zusprechen zu lassen." (Sten. Ber. S. 372).

Von anderer Seite wurde dagegen eingewandt, das Gesetz ändere den bestehenden Rechtszustand gar nicht, sondern bringe ihn nur zum Ausdruck. Der Abg. Miquél äußerte (Sten. Ber. S. 374):

> „Wir haben uns gesagt, das Mobiliareigenthum ist übergegangen, weil in staatsrechtlichen Dingen diejenigen Gegenstände, welche die alleinige Zweckbestimmung haben, der Verwaltung eines

bestimmten Hoheitsrechtes zu dienen, von selbst dem Verwalter dieses Hoheitsrechtes folgen . . .

Wer diesen Satz nicht bestreitet, muß ihn nothwendig ebenso zugeben auch für das Immobiliareigenthum.

Wenn wir also hier ein Gesetz machen, wonach festgestellt werden soll, es solle auch das Immobiliareigenthum als auf das Reich übergegangen angesehen werden, so verfügen wir nicht heute durch das Gesetz über das Eigenthum, sondern wir deklariren nur, daß bereits kraft der Reichsverfassung, kraft der Bildung einer solchen Gemeinschaft, dieser Uebergang stattgefunden habe. Deßwegen hat die Commission auch den Uebergang des Eigenthumes ex nunc entschieden abgelehnt, und den Uebergang des Eigenthumes ex tunc angenommen.

Ich will noch einen anderen Grund anführen. Denjenigen, die da glauben, man müsse diese Dinge gewissermaßen auch vom privatrechtlichen Standpunkte aus ansehen, ist die Frage vorzulegen, wie sie denn von diesem Standpunkte aus — und sie scheuen sich nicht dies zu thun — zugeben können, daß ein Benutzungsrecht an Immobiliareigenthum an das Reich übergegangen sei? Wenn überhaupt nicht ein Akt der privatrechtlichen Uebertragung stattgefunden haben kann, so sehe ich nicht ein, wie er hat statthaben können bezüglich eines solchen dinglichen Benutzungsrechtes oder des Eigenthumes; denn wer dieses dingliche Benutzungsrecht nicht beanstandet, der giebt den Uebergang des Eigenthumes bereits im Prinzip zu."

Unseres Erachtens gehen die beiden hier angeführten Ansichten zu weit.

Was nämlich für's Erste die Ausführungen des Abg. Minckwitz anlangt, so geben dieselben nur Gründe der Gesetzgebungspolitik an, welche gegen die von ihm angegriffenen Bestimmungen sprechen, Gründe, deren Gewicht sich sicher nicht verkennen läßt. Aber seine Ansicht, daß es für die gesetzgebende Gewalt eine Rechtsgrenze gebe, ist wissenschaftlich gewiß nicht haltbar. (Vgl. Bähr, Rechtsstaat, S. 50, und meine Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. Würzburg, 1873. S. 9 ff.) Ebenso muß die Behauptung bestritten werden, daß die Erlassung eines außerhalb der Reichszuständigkeit liegenden Gesetzes ohne vorgängige Abänderung der Verfassungsurkunde unzulässig sei. Die Verfassung schreibt — wir fügen hinzu: leider! — ein solches Verfahren nicht vor und es ist bereits ein nicht mehr ungewöhnliches

Vorkommniß, daß auf dem Wege der Einzelgesetzgebung das Reichsverfassungsrecht umgestaltet wird.

Sind sonach die Darlegungen des Abg. Minckwitz nicht ganz probehaltig, so gilt dies noch mehr von dem, was Miquél sagte. Es kann, wie aus dem oben Entwickelten erhellt, durchaus nicht zugegeben werden, daß das neue Gesetz lediglich schon bestehendes Recht ausspreche. Und zwar gilt dies sowohl hinsichtlich der beweglichen, als der unbeweglichen Sachen. Der Grundgedanke, von welchem Miquél ausgeht, ist unrichtig und darum sind es auch seine Folgerungen.

Windthorst entgegnete dem genannten Abgeordneten sehr treffend (Sten. Ber. S. 375): Den Satz, daß mit einem Hoheitsrechte alle diejenigen Gegenstände übergehen, welche den Zweck hatten, dieses Hoheitsrecht zur Ausübung zu bringen, müsse er verneinen.

> „Zunächst lasse ich dahingestellt, ob wirklich durch die Verfassung das Hoheitsrecht in Beziehung auf die Armee, die Post, die Steuerverhältnisse ꝛc. auf das Reich übergegangen ist. Das wäre wohl näher zu beweisen gewesen. Es ist allerdings unzweifelhaft, daß nach der Verfassung der Inhalt der betreffenden Hoheitsrechte nach Maßgabe der Verfassung vom Reiche geübt wird, daß diese Hoheit aber selbst übergegangen sei, ist eine kritische Frage . . . . . Ich läugne nun, daß mit dem Uebergange eines Hoheitsrechtes in Folge eines Vertrages — das betone ich ausdrücklich — alle Gegenstände, die zur Ausführung dieses Hoheitsrechtes dienen, übergehen. Etwas Anderes ist es, wenn ein Hoheitsrecht übergeht in Folge einer rechtmäßigen Eroberung. Bei dem Vertrage kommt es darauf an, wie weit der Vertrag sich erstreckt, und wenn bei Verträgen die Gegenstände, die zur Ausübung des betreffenden Hoheitsrechtes dienen, nicht ausdrücklich mitabgetreten sind, so bleiben sie demjenigen, der sie hatte."

Den weiteren Ausführungen Miquél's sodann kann man entgegen halten, was Laband für das früher geltende Recht (a. a. O. S. 424) vollkommen zutreffend bemerkt:

> „Es ist davon auszugehen, daß der Vermögensbestand der Einzelstaaten durch die Gründung des norddeutschen Bundes respective Reiches nicht weiter verändert worden ist, als sich aus den Bestimmungen der Verfassung und der Natur der Sache ergiebt. Es ist daher das Eigenthum des Landesfiskus an allen Objekten, die

demselben bei dem Eintritt des betreffenden Staates in das Reich gehört haben, als fortbestehend anzuerkennen, da für eine Enteignung desselben zu Gunsten des Reichsfiskus weder in dem Wortlaute der Reichsverfassung, noch in der Natur der Institutionen des Reiches ein Grund ersichtlich ist. In der Natur des Verwaltungsvermögens liegt es aber, daß, wenngleich dasselbe dem Fiskus privatrechtlich gehört, es doch nicht vom Fiskus als Privatrechtssubjekt privatrechtlich, d. h. im Finanzinteresse benutzt und ausgebeutet wird, sondern daß die Benutzung und Verwaltung dem Staat als res publica, als öffentlich-rechtliche Institution, zu öffentlichen Zwecken der Staatsgemeinschaft zusteht. Die Benutzung des Staatsinventares ist ein Correlat der Verwaltungsthätigkeit; die Pflicht zur Erfüllung der dem Staate obliegenden Aufgaben, zur Erledigung der Verwaltungsgeschäfte ist die Ergänzung des Rechtes auf Benutzung des Staatsinventares und gleichsam seine Grundlage. Soweit daher in Folge der Reichsorganisation Geschäfte und Aufgaben der Verwaltung von den Einzelstaaten auf das Reich übergegangen sind, ebensoweit hat das Reich auch die Befugniß überkommen, das fiskalische Vermögen der Einzelstaaten zum Zweck der Erledigung dieser Geschäfte und Aufgaben in demselben Umfange zu benutzen, wie das den entsprechenden Verwaltungsbehörden der Einzelstaaten zustehen würde."

Aus dem Bisherigen dürfte wohl mit ziemlicher Gewißheit hervorgehen, daß das Gesetz vom 25. Mai 1873 in der That außerhalb der verfassungsmäßigen Zuständigkeit des Reiches erlassen ist.

Daraus folgt jedoch nicht dessen Ungiltigkeit; denn da von keiner Bundesregierung Einspruch erhoben wurde, muß angenommen werden, daß das Gesetz die Zustimmung der nach Art. 78 der Verfassung erforderlichen Mehrheit des Bundesrathes fand.

Aehnliches wird wohl auch der württembergische Bundesrathsbevollmächtigte v. Mittnacht gemeint haben, wenn er in der Reichstagskommission äußerte, das Gesetz sei zwar ein Verfassungsgesetz; aber kein Verfassungsausführungsgesetz (Drucksachen des Reichstages 1873, Nr. 151 S. 2).

Die rechtliche Wirkung des Gesetzes in Bezug auf die Eigenthumsverhältnisse der Staaten des Reiches ist übrigens dieselbe, als ob der Grundsatz des §. 1 Abs. 1 bereits in die Verfassung aufgenommen wäre; denn das Gesetz fingirt als den Moment des Eigenthumsüber-

ganges der Reichsverwaltungsgegenstände an das Reich denjenigen Zeitpunkt, in welchem diese letzteren von der betreffenden Verwaltung übernommen wurden.

Es erübrigt noch zu erörtern, auf welche Gegenstände die Wirksamkeit der Bestimmung in §. 1. a. a. O. sich erstrecke, eine Frage, die von Seiten des Abg. Mohl in den Reichstagsverhandlungen gelegentlich berührt wurde (Sten. Ber. S. 25).

Es ist im Gesetze von den „dem dienstlichen Gebrauche einer verfassungsmäßig aus Reichsmitteln zu erhaltenden Verwaltung gewidmeten Gegenständen" die Rede.

Eine aus Reichsmitteln zu erhaltende Verwaltung liegt aber sowohl dann vor, wenn eine Verwaltung unmittelbar vom Reiche selbst geführt wird (Verwaltung der obersten Reichsbehörden, des Reichstages, des Reichsoberhandelsgerichtes, der kaiserlichen — früher vereinsländischen Zollämter in den Hansestädten, der Konsulate und Gesandtschaften, der Kriegsmarine und ihrer Etablissements), als auch dann, wenn eine von den Bundesstaaten geführte Verwaltung auf Rechnung des Reiches unterhalten wird (Post-, Telegraphen- und Heeresverwaltung).

Demnach erstreckt sich die Wirksamkeit des Gesetzes vom 25. Mai 1873 entschieden nicht auf die dem Gebrauche der bayerischen und württembergischen Post- und Telegraphenverwaltung dienenden Gegenstände (Art. 52 der Reichsverfassung) und ebensowenig auf das bewegliche und unbewegliche Inventar der bayerischen Heeresverwaltung (Bündnißvertrag vom 23. November 1870, III. §. 5). Dies bestätigen die Motive zum Entwurfe des Gesetzes (Drucksachen des Reichstages 1873 Nr. 76. S. 12). Dagegen erhellt aus eben denselben Motiven, daß man den Grundsatz des §. 1 des Gesetzes auf das Vermögen der württembergischen Heeresverwaltung angewendet wissen wollte.

Nach dem früheren Rechtszustande glaubte Laband (a. a. O. S. 434), jedes Recht des Reiches an diesem Vermögen ausschließen zu müssen, da gemäß Art. 12 der württembergischen Militairconvention die württembergische Heeresverwaltung selbständig sei und auf eigene Rechnung geführt werde.

Diese Auffassung wird sich nicht ferner festhalten lassen, denn die württembergische Heeresverwaltung ist ganz entschieden eine „verfassungsmäßig aus Reichsmitteln zu erhaltende", mag sie immerhin eine selbständige sein und mögen immerhin die von ihr erzielten Ersparnisse

Württemberg zu Gute kommen. Bayerns Ausnahmestellung dagegen beruht auf Ziffer III. des bayer. Vertrages, welcher zu Art. 58 der Reichsverfassung bestimmt:

„Dieser Artikel erhält jedoch für Bayern folgenden Zusatz:

Der in diesem Artikel bezeichneten Verpflichtung wird jedoch von Bayern in der Art entsprochen, daß es die Kosten und Lasten seines Kriegswesens, den Unterhalt der auf seinem Gebiete belegenen festen Plätze und sonstigen Fortifikationen einbegriffen, ausschließlich und allein trägt."

Gemäß Ziffer XIV. §. 2. des Schlußprotokolles zum bayerischen Vertrage treten ferner selbst die auf Reichskosten in Bayern neu angelegten Befestigungen bezüglich ihres immobilen Materiales in das ausschließliche Eigenthum Bayerns.

Haben wir im Bisherigen dargethan, daß das deutsche Reich in der That einen Reichsfiskus besitze, und welche Vermögensbestandtheile demselben durch Gesetz als Eigenthum überwiesen seien, so erübrigt uns nunmehr zu untersuchen, in wie fern die dem Reichsfiskus durch das positive Recht zugewiesene Stellung mit den von uns am Eingange dieser Erörterung aufgestellten Grundsätzen im Einklange steht.

§. 1 des Gesetzes vom 25. Mai 1873 enthält in seinem Abs. 2 und 3 zwei Bestimmungen, deren Tragweite über den nächsten Zweck dieses Gesetzes hinausgeht.

Abs. 2 a. a. O. sagt:

„Hinsichtlich der Befreiung von Steuern und sonstigen dinglichen Lasten sind die im Eigenthume des Reiches befindlichen Gegenstände den im Eigenthume des einzelnen Staates befindlichen gleichartigen Gegenständen gleichgestellt."

Hiemit ist für das deutsche Reichsrecht der Satz anerkannt, daß der Reichsfiskus in jedem Bundesstaate als Landesfiskus zu behandeln ist. Denn wenn auch hier zunächst nur von dem Eigenthume des Reichsfiskus und von dessen Beschwerung mit Steuern und dinglichen Lasten die Rede ist, so ist doch klar, daß in dieser beschränkteren Fassung der Ausdruck eines allgemeineren Gedankens liegt. Dies erkannte auch der Bundescommissair v. Möller, welcher im Reichstage gegen die Einfügung des vorstehenden Absatzes sich aussprach, sehr wohl.

„Dehnt man", äußerte er (Sten. Ber. S. 356), „dies Prinzip weiter aus auf die sonstigen Rechtsverhältnisse des Reichsfiskus,

so ergiebt sich daraus eine Vielgestaltigkeit von Rechtsnormen für den Reichsfiskus, die es in hohem Grade bedenklich erscheinen lassen muß, einen solchen Standpunkt zu generalisiren. Für den Reichsfiskus ist es eine unabweisbare Nothwendigkeit, daß ihm zu einem einheitlichen geordneten Rechtszustande verholfen werde. Soweit die fiskalischen Privilegien prozessualer Natur sind, wird die Civilprozeßordnung die Aufgabe haben, in dieser Hinsicht dem Reichsfiskus ein einheitliches Recht zu schaffen und ihn zu emanzipiren von dem Mißverhältniß, in einem Lande nach den Privilegien des dortigen Fiskus, in einem anderen wieder nach anderen Normen beurtheilt zu werden. Wenn wir ferner ein einheitliches Civilgesetzbuch bekommen, so werden die gesetzlichen fiskalischen Privilegien, so weit sie privatrechtlichen Inhaltes sind, ebenfalls einheitlich geordnet werden müssen, und sind wir so weit, dann wird es an der Hand der Prinzipien, die das Civilgesetzbuch angenommen hat, leicht sein, auch für die Privilegien des Fiskus eine Norm zu schaffen, welche den Charakter örtlicher Berechtigung an sich tragen, wie es in Bezug auf die Besteuerungsfrage der Fall ist."

Dies ist in der That ein sehr annehmbares Programm für die Zukunft und es giebt nichts Selbstverständlicheres, als daß jedesmal mit der einheitlichen Regelung einer Rechtsmaterie auch gleiches Recht sowol für den Landesfiskus als für den Reichsfiskus geschaffen werde.

Allein in der Zwischenzeit ist eine gesetzliche Norm wie die obige um so weniger zu entbehren, als überall, wo eine Frage mit der rechtlichen Natur des Reiches im Zusammenhange steht, die Gelehrten durchaus nicht einig sind. War es ja doch sogar zur Erörterung darüber gekommen, ob das Reichseigenthum in den einzelnen Staaten als Privateigenthum oder als Staatseigenthum zu behandeln sei? Der Bundesstaatsbegriff erfordert streng genommen die Antwort: als Privateigenthum; denn da nach der Bundesstaatstheorie Bundes- und Einzelstaat selbständig neben einander stehende Staaten sind, so wäre der Reichsfiskus für das Recht und für die Gerichte der einzelnen Bundesstaaten gerade so gut eine Privatpersönlichkeit, wie etwa der österreichische oder russische Fiskus, wenn sie vor einem deutschen Gerichte eine Klage anbringen wollen.

Wenn dem entgegen der Berichterstatter des Reichstages, Becker, jene Frage dahin beantwortete: es scheine ihm nur konsequent, die

Entscheidung zu treffen, daß das Reichsgut dem Staatsgute gleichstehe, weil ersteres eigentlich nichts Anderes als ein vom einzelnen Staate abgelöstes Stück Staatsgut sei, welches das Reich für alle einzelnen Staaten verwalte (Sten. Ber. S. 361) — so liegt dieser Auffassung, wenn auch vielleicht unbewußter Weise, keine andere Idee zu Grunde, als die des Staatenbundes. —

Bezüglich der prozessualen Stellung des Reichsfiskus setzt §. 1 Abs. 3 a. a. O. fest:

„Auch unterliegt das Reich bezüglich der ihm zugehörigen Gegenstände der nämlichen Gerichtszuständigkeit, welcher der Staat, in dessen Bereich jene Gegenstände sich befinden, bezüglich der ihm zugehörigen gleichartigen Gegenstände unterworfen ist."

Diese Bestimmung ist eine logische Folge der vorhergehenden; sie fand auch im Reichstage ebenso ihre Gegner. Der Abgeordnete Bähr erklärte (Sten. Ber. S. 361), es sei durchaus nicht selbstverständlich, „daß das Reich vor den Landesgerichten, wo die einzelnen Privatrechtsverhältnisse ihren Sitz haben", Recht nehmen müsse; es ließen sich vielmehr sehr erhebliche Zweifel hiergegen erheben. „Der Grund dieser Zweifel", meinte Bähr, „liegt darin, daß die Gerichtsbarkeit in der Unterordnung unter den Staat, also in der Staatsangehörigkeit, diesen Begriff im weitesten Sinne genommen, (es giebt ja auch subditi temporanei) beruht. Das deutsche Reich steht aber über den einzelnen Bundesstaaten, und man kann es nicht wohl als einen Staatsangehörigen der Bundesstaaten oder etwa des königlich preußischen Staates hinstellen."

Diese Einwendungen sind kaum begründet. Vor Allem kann, auch nach der Bundesstaatstheorie, von einer Ueberordnung des Reiches über die Bundesstaaten keine Rede sein; nach jener Theorie sind ja Reich und Einzelstaaten als gleichberechtigt neben einander stehend zu betrachten. Giebt man aber dem Reiche keine oder nicht die volle Justizhoheit — und für letzteres ist kein zureichender Grund vorhanden, dann bleibt wohl nichts Anderes übrig, als anzuerkennen, daß die Gerichte der Bundesstaaten Klagen aus Rechtsgeschäften des Reichsfiskus, welche innerhalb des Kreises ihrer Jurisdiktion fallen, anzunehmen haben. Eine Unterordnung des Reiches ist darin, daß dessen Fiskus allenthalben im Reichsgebiete dem Landesfiskus gleich behandelt wird, nicht zu erblicken.

Analog bestimmt §. 34 des Gesetzes vom 13. Juni 1873 über

die Kriegsleistungen (R.-G.-Bl. S. 129): „Bis zu anderweiter gesetzlicher Regelung gelten in Bezug auf die Zulässigkeit des Rechtsweges und den Gerichtsstand für Klagen aus Ansprüchen, welche wider das Reich auf Grund dieses Gesetzes erhoben werden, dieselben Vorschriften, welche für den Bundesstaat, in dessen Gebiet diese Ansprüche zu erfüllen sind, maßgebend sein würden, wenn die nämlichen Ansprüche gegen ihn zu richten wären."

Besondere prozessuale Grundsätze stellt das Reichsrecht nur gelegentlich auf. Sie betreffen fast sämmtlich die gerichtliche Zuständigkeit und begründen naturgemäß Ausnahmen vom Landesrechte. Diese Beseitigung des Landesrechtes wird freilich meist formeller Natur sein, da jene Bestimmungen wohl regelmäßig von denen des Landesrechtes nicht abweichen.

Es sind dies folgende:

1. Klagen gegen das Bundeskanzleramt (als Vertreter des Reichsfiskus) aus dem Gesetze über Flößereiabgaben vom 1. Juni 1870 sind nach §. 2 dieses Gesetzes bei dem Stadtgerichte zu Berlin als dem zuständigen Prozeßgerichte erster Instanz anzubringen.
2. Klagen auf Grund des Militairpensionsgesetzes sind bei dem Gerichte anzubringen, in dessen Sprengel die oberste Contingentsverwaltungsbehörde bzw. die kaiserliche Admiralität ihren Sitz hat (§. 116 des angef. Gesetzes).
3. „Der Anspruch auf Schadloshaltung gegen die Postverwaltung muß in allen Fällen gegen die Oberpostdirektion, bzw. gegen die mit der Funktion beauftragte Postbehörde gerichtet werden, in deren Bezirk der Ort der Einschreibung des Reisenden liegt." (Postgesetz vom 28. October 1871, §. 13.)
4. Entschädigungsansprüche auf Grund der §§. 40 und 41 des Festungsrayongesetzes sind bei dem Gerichte anzubringen, in dessen Bezirk das zu enteignende Grundstück liegt. (§. 42 des angef. Gesetzes.)

   Hieran reiht sich die weitere prozessuale Bestimmung:

   „Das Gericht hat das Ergebniß der Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu würdigen."

4. Klagen gegen den Reichsfiskus auf Grund des Reichsbeamtengesetzes sind bei denjenigen Gerichten anzubringen, in welchen die in §. 151 Abs. 1 dieses Gesetzes bezeichneten Behörden ihren Sitz haben.

5. Vorschriften über das Verfahren bei Amortisation von Schuldurkunden des Reiches enthält das Gesetz vom 12. Mai 1873 (R.-G.-Bl. S. 91).

Hiermit sind die Normen erschöpft, welche das Reichsrecht über die rechtliche Stellung des Reichsfiskus giebt. Wenn unsere Darlegung nur einen fragmentarischen Charakter an sich trägt, so liegt die Ursache hiervon in der gleichfalls fragmentarischen Natur der bisherigen Rechtsentwickelung. Immerhin ist es von Werth, über diese, die Anfänge eines fiskalischen Reichsrechtes enthaltenden Bestimmungen einen Ueberblick zu gewinnen.

---

## VIII.

# Erinnerungen zu einigen die Beweislehre betreffenden Vorschriften des Entwurfes einer Deutschen Civil-Prozeß-Ordnung vom Jahre 1872.

Von Herrn Appellations-Gerichts-Rath v. Krämel in Naumburg.

Der Entwurf handelt von dem Beweise zunächst in dem zweiten Buche, Abschnitt 1 Titel 1, welcher das Verfahren vor den Landgerichten bis zum Urtheil enthält. Hier finden sich die Vorschriften über die Nothwendigkeit der Führung des Beweises und der Würdigung des Ergebnisses des Beweises durch den Richter.

Der fünfte Titel ebendaselbst enthält allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme, die Titel 6 bis 10 betreffen die einzelnen Beweismittel. Unter denselben befindet sich aber das Zugeständniß nicht, weil, wie die Motive S. 268 sagen, das gerichtliche Zugeständniß kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht sei. Indem jedoch das Gesetz sagt, der Richter olle die zugestandene Thatsache unbedingt für erwiesen ansehen, wenn das Zugeständniß nicht widerrufen ist, muß man es auch als ein die richterliche Ueberzeugung unbedingt bindendes Beweismittel ansehen. Jedenfalls gehört aber ein widerrufenes Geständniß zu den Beweismitteln. Keinenfalls darf diese theoretische Ansicht dahin führen, daß den Vorschriften über das Zugeständniß im Entwurf eine Stelle angewiesen wird, an der man es nicht suchen wird. Die Preuß. A. G.-O. führt ganz richtig das Zugeständniß unter den Beweismitteln auf.

Indeß übergeht doch der Entwurf nicht, wie dies die Hannöverische Prozeßordnung thut, das Zugeständniß ganz, sondern er bestimmt vielmehr in den Paragraphen:

§. 246.

Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreites von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.

§. 248.

Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche, und durch einen Irrthum veranlaßt sei. In diesem Falle verliert das Geständniß seine Wirksamkeit.

Diese Bestimmungen sind aber insofern unvollständig, als sie nur von denjenigen Zugeständnissen handeln, welche bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines vom Prozeßrichter beauftragten oder ersuchten Richters abgegeben sind. Mit Recht frägt man, welchen Werth haben:

1. die von den Parteien in den Schriftsätzen abgegebenen Zugeständnisse,
2. die vor einem anderen als dem Prozeßrichter erklärten gerichtlichen Zugeständnisse, und
3. die außergerichtlichen Zugeständnisse.

Wenn, wie die Motive Seite 268 sagen, es im Interesse der Rechtseinheit geboten war, über das gerichtliche Geständniß Vorschriften aufzunehmen, so durften auch die zu 1 bis 3 gedachten Fälle nicht unerwähnt bleiben. Gerade in diesen Fällen werden die Ansichten über die Beweiskraft des Zugeständnisses am meisten auseinandergehen, während die im §. 246 gegebene Vorschrift außer Zweifel ist.

Die Motive sagen S. 269:

„Aus allgemeinen Prozeß-Vorschriften folgt, daß nur das im Laufe des Rechtsstreites bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters abgelegte Geständniß als ein gerichtliches betrachtet werden darf, daß mithin Geständnisse, welche in einem anderen Rechtsstreite oder in einem vorbereitenden Schriftsatze abgelegt sind, als außergerichtliche aufgefaßt werden müssen.

Zu 1 frägt man aber doch wohl mit Recht, aus welchem allgemeinen Prozeßgrundsatz es folgen soll, daß das von einer Partei in ihrer Prozeßschrift erklärte Zugeständniß als ein nicht in dem Prozeß abgegebenes Zugeständniß angesehen, und wie ein außergerichtliches Geständniß behandelt werden soll? Diese in den Prozeßschriften niedergelegten Zugeständnisse sind sogar zuverlässiger, als die in Abwesenheit

des Machtgebers von seinem Vertreter bei der mündlichen Verhandlung abgegebenen, weil jenes schriftliche Zugeständniß auch seiner Fassung nach vorher der eigenen Genehmigung der Partei unterbreitet werden und so reiflich überlegt werden kann. Warum soll von derjenigen Partei, welche sich bei der mündlichen Verhandlung auf ein von dem Gegner in seiner Prozeßschrift abgegebenes Zugeständniß stützt, noch irgend ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der zugestandenen Thatsache verlangt werden? Deshalb muß das Gesetz die in den Prozeßschriften enthaltenen Zugeständnisse in ihrer Beweiskraft denjenigen gleichstellen, welche bei der mündlichen Verhandlung abgegeben sind. Beide Arten des Zugeständnisses sind in dem Prozesse dem Gegner gegenüber erklärt, sie verpflichten daher beide unbedingt den Erklärenden.

Eine andere, hierher aber nicht gehörige Frage ist es, ob der erkennende Richter die in den Schriftsätzen enthaltenen Zugeständnisse berücksichtigen darf, wenn sie bei der mündlichen Verhandlung nicht erwähnt sind.

Was aber zu 2 und 3 die außerhalb des Prozesses abgegebenen Zugeständnisse angeht, so weiß man nicht, ob bei deren Erklärung der Erklärende die Absicht hatte, ein ihn prozessualisch bindendes und verpflichtendes Zugeständniß abzugeben. Um dies beurtheilen zu können, kommt es auf die Umstände an, unter denen es abgegeben ist, und auf die ganze Sachlage. Deshalb wird es der freien Beurtheilung des Richters zu überlassen sein, welche Beweiskraft diesen anderweiten Zugeständnissen beigelegt werden kann.

Somit dürften die §§. 246 bis 248 des Entwurfes in einen besonderen, von dem Zugeständnisse handelnden Titel aufzunehmen, der §. 246 aber dahin zu fassen sein:

> Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines weiteren Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreites von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung, oder in einem seiner Schriftsätze oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.
>
> Ueber die Beweiskraft anderweitiger Zugeständnisse entscheidet der Richter nach seinem freien Ermessen.

Was aber den

### Widerruf des Geständnisses

angeht, so soll der Widerrufende nach dem §. 248 des Entwurfes nicht nur beweisen, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspricht, sondern

es soll zur Begründung des Widerrufes auch der Beweis gehören, daß das Geständniß durch einen Irrthum veranlaßt sei.

Aehnlich lauten die Vorschriften §§. 27a und 88b I. 10 der Preuß. Allg. Gerichts-Ordnung.

Im gemeinen Prozesse wird auf Grund der Römischen Vorschriften allerdings auch der Beweis des Irrthumes verlangt. Auch muß der Irrthum des Widerrufenden ein thatsächlicher sein. Ein Rechtsirrthum rechtfertigt den Widerruf so wenig, wie derjenige thatsächliche Irrthum, welcher auf grober Fahrlässigkeit beruht. [1])

In der Preußischen Praxis wird jedoch auf diesen besonderen Beweis des Irrthumes, also den Beweis derjenigen irrigen Voraussetzung, welche das unrichtige Geständniß veranlaßt hat, mit Recht wenig Gewicht gelegt. Man sieht es als eine genügende Erschwerung der Lage des Gestehenden an, daß in Folge seines Geständnisses die Last des Gegenbeweises auf ihn übergeht.

Verlangt man noch einen besonderen Beweis des Irrthumes, so führt dies zu ungerechten Entscheidungen, welche sich nicht auf die wahre Sachlage, sondern auf die bloße Fiktion der Wahrheit des Geständnisses stützt.

Es kommt häufig vor, daß der Verklagte zuerst den Inhalt der Klage im Allgemeinen zugesteht, indem er auf einzelne Unrichtigkeiten, weil er sie übersehen, oder nicht für erheblich erachtet hat, kein besonderes Gewicht legt. Erst wenn er nachher die Nachtheile inne wird, widerruft er. Warum will man, obgleich das Zugeständniß nicht auf einem Irrthum beruht, dem Widerrufenden den Gegenbeweis abschneiden?

In den vielfachen Prozessen, welche daraus entstehen, daß zur Ersparung von Kosten und Stempeln der Kaufpreis zu niedrig angegeben war, ereignet es sich oft, daß der den Preis einklagende Verkäufer den verschriebenen Preis als den verabredeten angiebt. Erst wenn der Verklagte eine Quittung auf Höhe der verschriebenen Summe beibringt, hat der Kläger Veranlassung, sein Zugeständniß des geringeren Kaufpreises zu widerrufen und die Verabredung eines höheren als des im gerichtlichen Vertrage verschriebenen Kaufpreises zu beweisen. Dazu wird er in der Praxis aber auch unbedenklich gelassen, ohne daß man von ihm noch den Beweis eines besondern Irrthumes verlangt.

[1]) Savigny, System, Bd. 7 S. 31.

In einem vom Obertribunal entschiedenen Prozesse war von dem wegen Schwängerung belangten Verklagten eingewendet, die Klägerin habe in einem Vorprozesse zugestanden, daß der Verklagte mit ihr den Beischlaf in der Conceptionszeit nicht vollzogen habe. Die Klägerin entgegnete, daß sie zu diesem unrichtigen Zugeständnisse von einem Dritten veranlaßt sei, welcher sie heirathen, und durch diese unrichtige Angabe die Einwilligung seiner Eltern zur Verheirathung ihres Sohnes mit der Klägerin herbeiführen wollte. Das Kammergericht hat die Klägerin nicht zum Beweise der Unrichtigkeit ihres Zugeständnisses gelassen, weil die in dem Vorprozesse gemachte Angabe als ein qualificirtes Geständniß anzusehen sei, welches nach §. 88 b I. 10 A. G.-O. nur durch den Beweis des Irrthumes, nicht aber durch den Beweis absichtlicher Unrichtigkeit entkräftet werden könne.

Das Obertribunal hat aber dies Erkenntniß vernichtet und die Aufnahme des von der Klägerin angetretenen Gegenbeweises angeordnet, indem es ausführt: „Die Worte im §. 88 b a. a. O.:

> Behauptet der Gestehende, daß das Geständniß nur aus Irrthum geschehen sei, so muß er auf eben die Art wie im §. 27 vorgeschrieben ist, die Veranlassung des Irrthumes und die wahre Bewandniß der Sache nachweisen,

regeln eben das Verfahren nur für den Fall, wenn das Geständniß nur wegen behaupteten Irrthumes widerrufen wird, schließen aber keineswegs für den Gestehenden die Möglichkeit aus, durch den Nachweis der wahren Bewandniß der Sache die Unrichtigkeit resp. Unverbindlichkeit des gemachten Geständnisses aus einem anderen gesetzlichen Grunde, als wegen Irrthumes darzuthun. Sollte eine Partei in ihrem Rechte, sich auf die Einwendungen des Gegners zu vertheidigen, so wesentlich beschränkt sein, so würde es dazu einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfen ... Hat die Klägerin das Geständniß nur zum Schein abgegeben, so entbehrt dasselbe jeder rechtlichen Wirksamkeit.

In der That fehlt es an jeder genügenden Veranlassung, die Freiheit der Parteien bei der Beweisführung in solcher Weise zu beschränken. Für die Richtigkeit des Geständnisses spricht nur so lange die gesetzliche Vermuthung, als dieselbe nicht durch den vom Gestehenden geführten Gegenbeweis der wahren Sachlage beseitigt ist.

Deshalb dürfte der §. 248 dahin zu fassen sein:

> Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist,

daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche. In diesem Falle verliert das Geständniß seine Wirksamkeit.

In demselben Abschnitte des Entwurfes, welcher von dem Verfahren vor den Landgerichten handelt, befinden sich auch die

die Eventualmaxime

betreffenden Vorschriften.

Der Entwurf von 1871 bestimmte in dieser Beziehung

§. 228.

Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Repliken u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht kann jedoch, wenn durch ein nachträgliches Vorbringen eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreites erheblich verzögert wird, einer Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, auch wenn dieselbe obsiegt, die Prozeßkosten ganz oder theilweise auferlegen.

§. 232.

Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden. Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden findet die Vorschrift des §. 228. Abs. 2. entsprechende Anwendung.

Nach diesen §§. war also auch noch in jedem letzten Stadium des Prozesses das Anbringen neuer Behauptungen und Beweismittel gestattet. Es soll diese Verspätung der Anführungen im schlimmsten Falle nur Kostennachtheile für den Obsiegenden herbeiführen.

In einem im Archive für civilistische Praxis Bd. 55 S. 284 u. folg. abgedruckten Aufsatz habe ich die Nachtheile dieser gänzlichen Beseitigung der Eventualmaxime hervorgehoben. Nicht allein die Deutschen Reichsgesetze führten die Eventualmaxime als das beste Mittel zur Abkürzung der Prozesse ein, sondern auch in Preußen hat man traurige Erfahrungen gemacht, nachdem die Allgemeine Gerichts-Ordnung im Jahre 1793 die Eventualmaxime beseitigt hatte. Das nachträgliche Anbringen von neuen Thatsachen und Beweismitteln führte die Ansetzung immer neuer Termine und eine solche Verschleppung der Pro-

zesse herbei, daß die Verordnung vom 1. Juni 1833 die Eventualmaxime wieder einführte. So sind in der Prozeßsache, welche mir im Jahre 1830 vom Kammergerichte zur Anfertigung der Proberelation zugestellt wurden, 34 Termine abgehalten. Wie die Erfahrung lehrt, ist durch die Einführung der Eventualmaxime jetzt diesem großen Uebelstande gründlich abgeholfen.

Unsere Erfahrung lehrt aber auch, daß der im Absatz 2 des §. 228. im Entwurf von 1871 dem Säumigen angedrohte Kostennachtheil die schlechten Schuldner nicht abhält, den Prozeß durch das nachträgliche Vorbringen unbegründeter Einwendungen soviel als möglich in die Länge zu ziehen. Ueberdies trifft dieser Nachtheil nur die obsiegende Partei, nicht also den schlechten Schuldner, der die Kosten des Prozesses so wie so tragen muß.

Nun finden sich zwar die §§. 228 und 232 des Entwurfes von 1871 wörtlich in den §§. 236 und 240 des Entwurfes von 1872 wieder. Es hat somit den Anschein, als wenn man, durch unseren Schaden nicht klug geworden, geneigt ist, diese traurigen Erfahrungen im ganzen Deutschen Reiche nochmals machen zu wollen.

Indeß findet man bei genauerer Prüfung und Durchsicht, freilich ohne jede Andeutung oder Hinweisung im Entwurfe selbst in den §§. 236 und 240 des Entwurfes von 1872 Bestimmungen, welche, wenn auch in sehr beschränktem Maße, die Eventualmaxime einführen. Es lauten nämlich im Entwurfe von 1872:

§. 324.

Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, ist auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung der Rechtsstreit verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat.

§. 379.

Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§. 374, 378 (Editionsgesuch gegen Dritte) angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde, und das Gericht

die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.

Indeß gehören schon diese wesentlichen Ausnahmen von der Regel des §. 240 nicht in die besonderen von der Aufnahme der Beweise handelnden späteren Titel, sondern es mußten diese §§. gleich auf den §. 240 folgen, mindestens hätte in diesem §. auf die Ausnahmen in den §§. 324 und 379 verwiesen werden müssen, damit die im §. 240 ausgesprochene Regel von dem mit allen Einzelnheiten des Gesetzes nicht vertrauten Richter die Regel des §. 240 nicht unbedingt angewendet werde.

Wenn auch die Anordnung des Entwurfes von 1872 gegenüber seinen Vorgängern an Uebersichtlichkeit gewonnen hat, so könnte doch noch weit mehr zur Erleichterung des Verständnisses durch Beifügung der correspondirenden Stellen in Klammer geschehen. Hoffentlich erfolgt dies noch, wenn die letzte Hand an den Entwurf gelegt wird, wie dies bei dem Kgl. Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch geschehen ist.

Auch fehlen noch immer die Marginalien, welche das Auffinden des Gesuchten so wesentlich erleichtern.

Zunächst entspricht aber die Fassung des §. 324 der in den Motiven ausgesprochenen Absicht nicht. Es heißt dort S. 317: „Für den Begriff der Neuheit der Zeugen ist es entscheidend, ob derselbe für den betreffenden Beweissatz schon früher benannt war, während es außer Betracht bleibt, ob der Zeuge über andere streitige Thatsachen im Prozesse schon vorgeschlagen und vernommen ist oder nicht.“ Wer indeß diese Motive nicht gelesen hat, der wird nicht geneigt sein, Zeugen als neue anzusehen, welche in dem Prozesse, wenn auch für andere Beweisfragen, bereits benannt sind. Jeder unrichtigen Auffassung wäre vorgebeugt, wenn §. 324 mit den Worten begänne:

Die Vernehmung von Zeugen, welche erst nach Erlassung . . .

Indeß genügen die dürftigen Zugeständnisse, welche der Entwurf jetzt der Eventualmaxime macht, doch keinesweges.

Für die Nothwendigkeit der Eventualmaxime sprechen nicht allein die Erfahrungen, welche man im Deutschen Reiche und in Preußen gemacht hat, sondern sie ist auch im Laufe der Vorarbeiten zur Deutschen Prozeßordnung wiederholt anerkannt.

So sollte nach §. 324 des Preußischen Entwurfes von 1864 der Richter befugt sein, nachträglich vorgebrachte Rechtsbehelfe zurückzu-

weisen, wenn er überzeugt ist, daß dieselben zum Verschleif der Sache vorgebracht würden.

Dies erklären freilich die Motive des Entwurfes von 1872 für ein mehr als bedenkliches Mittel, weil dann nicht mehr richterliches Ermessen, sondern richterliche Willkühr in Frage sei. Der Entwurf setzt sich indeß über dies Bedenken selbst hinweg, denn er läßt im §. 324. und 379 das richterliche Ermessen über die Zulässigkeit nachträglich benannter Zeugen und Urkunden entscheiden.

Im Hannöverischen Entwurfe finden sich gleichfalls in den §§. 245 und 246 Bestimmungen, um das rechtzeitige Vorbringen der Rechtsbehelfe zu erzwingen.

Bei Berathung des Norddeutschen Entwurfes wurde nach S. 528 der Protokolle die Beseitigung der Eventualmaxime mit 8 gegen 2 Stimmen abgelehnt. Nach S. 550 wollte man aber die Eventualmaxime nicht in dem ausgedehnten Sinne einschränken, daß neue Thatsachen jeder Art nicht mehr nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden dürften, sondern man beschloß: daß nur das nachträgliche Vorbringen von solchen neuen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln zu untersagen sei, welche auf einem selbstständigen thatsächlichen Grunde beruhen.

Indeß werden die Prozesse nicht so sehr durch das nachträgliche Vorbringen neuer Behauptungen verschleppt. Erledigt sich die neue Behauptung durch das Zugeständniß des Gegners, oder wird die bestrittene Behauptung gleich bewiesen, oder ist eine weitere Beweisaufnahme ohnehin nöthig, so hemmt das neue Vorbringen den Fortgang des Prozesses nicht. Nur für den Fall, daß die Aufnahme des erst jetzt angetretenen Beweises die sofortige Abfassung des Urtheiles hindert, wird eine diese Verschleppung hindernde gesetzliche Bestimmung nöthig.

Man kann deshalb unterscheiden und es bei dem §. 236 des Entwurfes von 1872 in Betreff des nachträglichen Vorbringens neuer Behauptungen bewenden lassen.

Dagegen ist der §. 240 abzuändern, welcher das Anführen neuer Beweismittel bis zur Abfassung des Urtheils gestattet. Die Ausnahmen, welche die §§. 324 und 379 von der Regel des §. 240 gestatten, genügen nicht. Nicht nur, wenn über die bereits zum Beweis gestellten Fragen, sondern wenn überhaupt erst nach dem Beweisbeschlusse neue Zeugen benannt oder neue Urkunden herbeigeschafft

werden sollen, ist der Verschleppung des Prozesses durch das Gesetz vorzubeugen.

Deshalb dürften die §§. 240, 324 und 379 durch den einen §. zu ersetzen sein:

Die erst nach Erlaß eines Beweisbeschlusses in einem späteren Termine beantragte Vernehmung nachträglich benannter Zeugen, so wie die nachträglich verlangte Herbeischaffung von Urkunden, ist auf Antrag des Gegners zurückzuweisen, wenn durch die beantragte Beweisaufnahme die Erledigung des Rechtsstreites verzögert würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit sich auf diese Beweismittel nicht früher bezogen hat.

Freilich hat der Entwurf von 1872 insofern Veranlassung, die Befugniß der Parteien nachträglich neue Beweismittel anzubringen, übermäßig auszudehnen, als er für die landgerichtlichen Prozesse die Anbringung neuer Thatsachen und Beweismittel in zweiter Instanz verbieten will. §§. 477, 479 und 480 des Entwurfes.

Bekanntlich ist aber gerade diese Frage sehr streitig. Der neunte Juristentag [1]) hat den Satz zum Beschluß erhoben: „Das Recht der unbedingten Berufung ist als Regel im neuen Prozeßgesetze unbedingt aufrecht zu halten, es kann die bloße Revision in jure dafür nicht genügen.

Es würde zu weit führen, wollte ich die Richtigkeit dieses Satzes hier darthun, vielmehr genügt die Verweisung auf die so gegründeten Bedenken, welche Plathner [2]) gegen die die zweite Instanz betreffenden Vorschriften des Entwurfs geltend gemacht hat.

Dagegen können nach dem §. 458 des Entwurfes von 1872 in den vor den Amtsgerichten (den Einzelrichtern) anhängigen Prozessen die Parteien gerade so wie in der ersten, so auch in der zweiten Instanz bis zur Abfassung des Erkenntnisses neue Behauptungen aufstellen und neue Beweismittel angeben.

Mit dieser Befugniß der Parteien in zweiter Instanz das in der ersten Instanz Versäumte nachzuholen, fällt somit ein Hauptgrund für

---

[1]) Verhandlungen des 9. Juristentages, Bd. 3. S. 336.

[2]) Plathner: Die neue Konstruktion des Prozesses in dem Entwurf der Deutschen Civil-Prozeß-Ordnung S. 28 u. folg.

die Beseitigung der Eventualmaxime fort. Indem aber der Entwurf bei dem amtsgerichtlichen Prozeß sowohl in erster als wie in zweiter Instanz die Eventualmaxime im Wesentlichen beseitigt, ermöglicht er eine grenzenlose Verschleppung dieser Prozesse. So gehören z. B. alle Schwängerungssachen vor die Amtsgerichte. Bestreitet z. B. zuerst der Verklagte, den Beischlaf mit der Klägerin vollzogen zu haben, so wird der von der Klägerin angetretene Beweis erhoben. Fällt er gegen den Verklagten aus, so kommt er nun erst mit dem nach §. 9 des Preuß. Gesetzes vom 24. April 1854 den Klageanspruch beseitigenden Einwande, die Klägerin habe in der Conceptionszeit auch mit dem A. den Beischlaf vollzogen. Wenn die vom Verklagten benannten Zeugen dies nicht bestätigt haben, benennt er Zeugen dafür, daß B. den Beischlaf mit der Klägerin in der Conceptionszeit vollzogen habe. Demnächst kann das so durch das ganze Alphabet fortgehn, und der Entwurf gestattet das ganz harmlos.

Die Motive bemerken zwar S. 27: „Wer an das schriftliche Verfahren gewöhnt, und von den Vortheilen, welche die Eventualmaxime in diesem bietet, lebhaft überzeugt, Mißbräuche erheblicher Art für ein mündliches Verfahren ohne Eventualmaxime befürchtet, wird zu erwägen haben daß die befürchteten Mißbräuche in den Ländern des mündlichen Verfahrens nicht hervorgetreten sind, auch nicht hervortreten konnten, weil Anwälte, welche umgeben von ihren Kollegen Angesichts des Gerichtes einen Rechtsstreit verhandeln, nur unter schwerer Beschädigung ihrer Dienstehre von Prozeßvorschriften mißbräuchliche Anwendung machen können.

Danach sollte man glauben, die schlechten Schuldner verschwinden vor dem neuen mündlichen Verfahren wie die Fledermäuse vor dem Tageslicht. Die Erfahrung lehrt aber, daß dies keineswegs der Fall ist. So schreibt mir ein Weinhändler, der sich einer ausgebreiteten Kundschaft erfreute:

> „Bei unserem Hause hatte die Erfahrung den Grundsatz erzeugt, daß wir nur in Preußen beanstandete Forderungen durch Prozeß verfolgten. In den übrigen größeren und kleineren Deutschen Ländern, welche wir bereisen ließen, war die Dauer des Prozesses gewöhnlich unabsehbar."

Im Preußischen mündlichen Prozeß gilt aber die Eventualmaxime. Sie allein hindert den schlechten Schuldner, den Prozeß zu verschleppen.

Man sollte doch einmal die Handelskammern darüber befragen, welche Erfahrungen sie mit der Dauer der Prozesse nach den verschiedenen Prozeßordnungen gemacht haben, oder statistische Zusammenstellungen in dieser Beziehung veranlassen.

Was aber das in den Motiven von der schweren Beschädigung der Dienstehre der Anwalte hergenommene Argument angeht, so findet es schon auf die handels- und amtsgerichtlichen Prozesse keine Anwendung, in welchen die Parteien selbst ihre Rechte wahrnehmen, also von der Befugniß, den Prozeß zu verschleppen, ungehindert Gebrauch machen können.

Räthselhaft ist

§. 251.

Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

Wenn man dies gelesen, sagt man sich: es ist doch die Aufgabe jedes Beweisverfahrens: dem Richter die behauptete Thatsache glaubhaft zu machen. Was soll also mit dieser besonderen Bestimmung gesagt sein?

Erst aus den Motiven erfährt man, daß hier die in den §§. 44, 67, 96 u. s. w. gedachten Fälle gemeint sind, in denen statt eines ordentlichen Beweises die vorläufige Glaubhaftmachung der zur Begründung des Antrages dienenden Behauptungen gemeint ist, in welchen Fällen es sich also nur um eine vorläufige Bescheinigung handelt. Es empfiehlt sich, wenn man nicht an die Stelle des „glaubhaft machen“ das weit verständlichere „bescheinigen“ setzen will, wenigstens die §§. in Klammer beizufügen, auf welche sich §. 251 beziehen soll.

In Betreff

der Ladung der Zeugen

bestimmt §. 327 des Entwurfes von 1872:

das Gericht kann die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung der Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Ladung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.

Der §. 316 des Entwurfes von 1871 machte sogar in allen Fällen die Ladung von der vorherigen Bestellung eines Kostenvorschusses abhängig.

Die Motive rechtfertigen diese Milderung im Entwurfe von 1872 damit: Die Einforderung des Vorschusses sei um deshalb nicht obligatorisch vorgeschrieben, weil sonst das Verfahren bei zweifellos vermögenden Prozeßparteien ohne Noth Aufenthalt erleiden würde.

Zunächst muthet aber der Entwurf dem Gerichte zu viel zu, denn es wird häufig nicht im Stande sein zu beurtheilen, ob der Beweisführer zweifellos des Vermögens ist, die Auslagen, welche die Vernehmung der Zeugen veranlaßt, zu erstatten.

Es dürfte aber auch nicht rathsam sein, von der Zahlungsfähigkeit der Parteien die größere oder geringere Raschheit des Verfahrens abhängig zu machen. Es läuft sogar diejenige Partei, welche nicht das Armenrecht genießt, doch aber nicht in der Lage ist, den Vorschuß sofort zu bestellen, Gefahr, den Zeugen ganz zu verlieren.

Es wäre diese Neuerung gewiß keine Verbesserung unseres bisherigen Civilprozeßverfahrens.

Noch bedenklicher ist es freilich, daß der Entwurf einer Deutschen Strafprozeßordnung von 1873 im §. 176 diese Neuerung auch im Strafprozeß einführen will, wo der Verlust eines Zeugen den Verlust von Ehre und Freiheit nach sich ziehen kann. [1])

Ferner lautet §. 362. des Entwurfes von 1872:

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

Die Motive bemerken hierzu S. 336: „Das Vordatiren von Urkunden ist erfahrungsmäßig ein bequemes, gefährliches und häufig

---

[1]) Vgl. meine Kritik in der Allg. Strafrechtszeitung, Jahrgang 1873 S. 37.

angewendetes Mittel, um die Rechte Dritter, namentlich der Gläubiger eines in schwierige Vermögensverhältnisse gekommenen Schuldners zu kränken. Die bestehenden Prozeßgesetze und Gesetzgebungsarbeiten werden daher im Allgemeinen von der Tendenz geleitet, den Angaben der Privaturkunde über Zeit und Art der Errichtung eine geringere Beweiskraft beizulegen, als dem sonstigen Inhalte.

Würtemberg, Art. 529, sowie der Preuß. Entwurf §. 431 schließen die positive Beweiskraft hinsichtlich des Datums aus. Der Hannöverische Entwurf §. 371 stellt die Angabe über die Zeit der Ausstellung unter die allgemeine Regel der freien Beweiswürdigung. — Als Folge einer dem Hannöv. Entwurf analogen Bestimmung befürchtete man eine Gefährdung des auf Schuldurkunden und Wechseln beruhenden Kredits, und es erschien schließlich nach eingehender Erwägung der verschiedenen legislativen Wege am gerathensten, für die Beweiswürdigung dieses Theils der Privaturkunden keine Vorschrift zu geben."

Dies ist allerdings das Bequemste. Der Gesetzgeber verfehlt aber den richtigen Weg, wenn er die erkannte Schwierigkeit umschifft, anstatt sie zu lösen, denn nun stellt sich die ungelöste Schwierigkeit dem Richter in den Weg. Man hat übersehen, daß der §. 362 die Annahme rechtfertigt, die Privaturkunde beweise auch die in derselben angegebene Zeit der Ausstellung voll; denn die angegebene Zeit ist ein Theil der Erklärung des Ausstellers.

Die in den Motiven ausgesprochene Befürchtung einer Gefährdung des auf Schuldurkunden und Wechseln beruhenden Kredits ist nicht begründet. Wie die Erfahrung lehrt, wird die Zeitangabe nur in den Fällen streitig, wo Dritte durch deren Unrichtigkeit benachtheiligt werden können. Weit größer ist die in den Motiven anerkannte Gefahr, daß die uneingeschränkte Bestimmung im §. 362 zu der Annahme führen kann, die Zeitangabe in einer Privaturkunde habe auch Dritten gegenüber volle Beweiskraft. Deshalb dürfte dem §. 362 noch der Satz hinzuzufügen sein:

> In wie weit die in einer Privaturkunde angegebene Zeit der Ausstellung gegen Dritte Beweis liefert, bleibt der freien richterlichen Beurtheilung überlassen.

Die §§. 374 bis 377 des Entwurfes regeln das Verfahren bei der

### Edition von Urkunden im Besitze Dritter.

Danach soll dies Editions-Verfahren nicht zur Zuständigkeit des

Prozeßgerichtes gehören, vielmehr soll von jedem Dritten die Edition im Wege eines besonderen Prozesses verlangt werden.

§. 101 u. folg. I. 10 der Preuß. A. G.-O. überweisen dies Editionsverfahren dem Prozeßrichter. Nach meiner langjährigen Erfahrung macht dies keine besondere Schwierigkeit, führt aber eine schleunige Entscheidung herbei.

Die Motive bemerken S. 343: „Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß, wenn nach dem Vorgange des Preußischen und Französischen Rechtes, der Hannoverschen und Würtembergischen Prozeßordnung die Entscheidung über solche Editionsanträge dem Prozeßgerichte übertragen werden, eine Beschleunigung und Verminderung der Prozesse herbeigeführt werden kann. Allein dieser Rücksicht ist nicht eine so überwiegende Bedeutung beizulegen, daß dadurch eine Abweichung von dem Grundsatze, daß der Beklagte vor seinem ordentlichen Richter zu belangen ist, gerechtfertigt werden könnte. Es ist selbstverständlich, daß Ausländer stets bei ihrem ordentlichen Richter auf Herausgabe der in ihrem Besitze befindlichen Urkunden belangt werden müssen (§. 107 I. 10 A. G.-O.), und es liegt kein genügender Grund vor, die Inländer hinsichtlich solcher Ansprüche ungünstiger zu behandeln. Auch ist ferner nicht unberücksichtigt gelassen, daß mit Rücksicht auf die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte durch das Gebot der Verhandlung des Editionsstreites im Gerichtsstande des Hauptprozesses Verwickelungen und Schwierigkeiten entstehen können, falls der Hauptprozeß vor einem Amtsgerichte anhängig ist. — Die Bestimmung des Entwurfes entspricht dem gemeinen Rechte und den Prozeßordnungen von Baden (§. 696, 401) und Baiern (Art. 388), und wird auch im Oesterr. Entwurf §. 414 und im Norddeutschen Entwurf §. 588 u. folg. vorgeschlagen."

Indeß ist es zunächst nicht richtig, daß nach gemeinem Rechte das Prozeßgericht Dritte nicht zur Edition anhalten kann. Vielmehr ist nach gemeinem Rechte der Prozeßrichter befugt, von Dritten die Vorlegung gemeinschaftlicher, d. h. solcher Urkunden zu verlangen, welche, ohne im Miteigenthum des Beweisführers zu sein, doch in dessen Angelegenheiten ergangen sind. [1]) Erfahrungsmäßig wird aber nur die Vorlegung solcher Urkunden von Dritten verlangt und dem Gericht nur sehr selten die Vorlegung verweigert. Deshalb dient es

[1]) Renaud: Lehrbuch des gemeinen Deutschen Civil-Prozesses §. 125.

zur wesentlichen Vereinfachung des Verfahrens, wenn der Dritte zunächst vom Prozeßgerichte zur Vorlegung der Urkunde aufgefordert wird. Erst wenn der Dritte seiner Verpflichtung hierzu widersprechen sollte, wird die Einleitung eines kontradiktorischen Verfahrens beim Prozeßrichter nothwendig.

So gut nun der Entwurf kein Bedenken trägt, im §. 334. das Verfahren gegen einen sein Zeugniß Verweigernden dem Prozeßgericht zu übertragen, so rechtfertigt es sich auch, dem Prozeßrichter das kontradiktorische Verfahren gegen den Dritten, welcher die Herausgabe einer Urkunde verweigert, zu übertragen.

Daß dies Zwangsverfahren auf Ausländer keine Anwendung findet, das versteht sich wie bei den im Auslande wohnenden Zeugen so sehr von selbst, daß der Entwurf auch über die Vernehmung der im Auslande wohnenden Zeugen gar keine besonderen Bestimmungen enthält.

Die nach den Motiven zu befürchtenden Verwickelungen, welche aus der verschiedenen Zuständigkeit der Amts- und Landgerichte entstehen sollen, sind nicht abzusehen, auch erfahrungsmäßig in Preußen nirgend hervorgetreten, obgleich bei uns eine ähnliche Zuständigkeit der Gerichts-Commissionen und der collegialischen Gerichte besteht.

Recht geschickt sind aber in dem Entwurfe die Vorschriften über den eventuellen Eidesantrag und die Gewissensvertretung durch Beweis

in den §§. 394 und 398 Abs. 3. verbunden, welche lauten:

> Wird Beweis bezüglich einer Thatsache von derselben Partei durch Eideszuschiebung und durch andere Beweismittel, oder von der einen Partei durch Eideszuschiebung, von der anderen Partei durch andere Beweismittel angetreten, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.
>
> Ist der Eid nur für den Fall zugeschoben oder als zugeschoben anzusehen, daß die Aufnahme anderer Beweismittel erfolglos bleiben werde, so ist die Erklärung über die Eideszuschiebung spätestens in demselben Termine abzugeben, in welchem über das Ergebniß der anderen Beweise verhandelt wird.

Hierbei ist nur auf den Fall nicht die gehörige Rücksicht genommen, daß bei der Gewissensvertretung durch Beweis die Beweisaufnahme die eventuell zu beschwörende Behauptung soweit bewiesen hat, daß demjenigen, welcher den Eid angetragen hat, ein Erfüllungseid anvertraut werden könnte. Wartet nämlich derjenige, welchem der Eid angetragen ist, den Termin nicht ab, in welchem über das Beweisergebniß verhandelt wird, sondern nimmt er den angetragenen Eid noch im Beweistermine an, so kann das Gericht nicht mehr auf den Erfüllungseid für den Gegner erkennen, weil nach §. 400 Absatz 2 des Entwurfes der Widerruf der Zuschiebung eines Eides nach erfolgter Annahme wirkungslos ist. Dennoch ist es sehr bedenklich, in solchem Falle den Eidesantrag für unwiderruflich zu erklären, da der den Eid Antragende bei der Zuschiebung davon, daß der Gegner sein Gewissen durch Beweis vertreten werde, und noch weniger von dem ihm günstigen Erfolge der Beweisaufnahme Kenntniß haben konnte.

Deshalb dürften dem Absatz 3 des §. 398 noch die Worte hinzuzufügen sein:

Wenn der Eidesantrag nicht, wie dies zulässig ist, noch in diesem Termine widerrufen wird.

Indeß unterliegt auch das im §. 400 des Entwurfes ausgesprochene unbedingte

Verbot des Widerrufes eines angenommenen Eides

gegründeten Bedenken.

Im gemeinen Prozeß ist die Frage jetzt streitig.[1]) Während man früher auf Grund der const. 11 und 12 C. de rebus cred. (4, 1) annahm, daß die Zurückziehung des angenommenen Eides so lange zulässig sei, als nicht rechtskräftig auf denselben erkannt oder der Eid abgenommen ist, neigt man sich jetzt zu der Ansicht, daß der Widerruf schon nach Mittheilung des Antrages an den Gegner oder doch nach der erfolgten Annahme des Eides unzulässig sei.

Wenn hierin auch die ältere Praxis im gemeinen Prozesse zu weit ging, so fehlt dagegen der Entwurf nach der entgegengesetzten Seite. Die Motive beziehen sich zwar dafür S. 360 auch auf §. 301 I. 10. der Preuß. A. G.-O. Sie übersehen aber die Vorschrift des §. 298 a. a. O., welcher lautet:

[1]) Renaud, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Civilprozesses §. 134.

„Ein deferirter Eid kann, nach erfolgter Acceptation, nicht mehr widerrufen werden. Wenn jedoch der Deferent nach der Acceptation vor oder in dem Schwörungstermine selbst, Beweismittel, woraus das Gegentheil dessen, was geschworen werden soll, hervorzugehen scheint, es seien nun Urkunden, oder von Zeugen an Eidesstatt ausgestellte Atteste, beibrächte, so müssen selbige dem Gegentheil vorgelegt, und wenn er nichts desto weniger auf Ableistung des Eides besteht, die Abnahme desselben ausgesetzt, die Lage der Sache dem Collegio angezeigt und von diesem festgesetzt werden, ob mit der Aufnahme dieser Beweismittel oder mit Ableistung des Eides zu verfahren sei."

Auch nach §. 296 der Hannov. Prozeßordnung kann der angenommene Eid durch solche Beweismittel ersetzt werden, welche die Restitution begründen würden, wenn ein rechtskräftiges Erkenntniß ergangen wäre.

Nach S. 352 der Motive will der Entwurf die Uebelstände beseitigen, welche im Geltungsbereiche des gemeinen und Preußischen Prozesses durch die zu weit ausgedehnte Zulassung des Eidesantrages hervorgerufen sind. Mit diesem unbedingten Verbote des Widerrufes führt der Entwurf aber die Ableistung falscher Eide herbei, während die A. G.-O. bei bescheinigten Zweifeln an der Richtigkeit des zu leistenden Eides dessen Abnahme verbietet und sorgsam den Meineid verhindert.

Die Nichtabnahme so bedenklicher Eide widerspricht aber auch dem Interesse beider Theile. Der Schwörende läuft nicht die Gefahr eines Meineides; der Gegner, welcher den Eid im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des Gegners angetragen hat und sich getäuscht sieht, kann von anderen Beweismitteln Gebrauch machen.

Deshalb dürfte sich die Aufnahme einer dem §. 398 I. 10 A. G.-O. entsprechenden Vorschrift empfehlen. Jeder Praktiker bestätigt die heilsame Wirkung des §. 398 a. a. O.

Was endlich

die Normirung der angetragenen Eide

angeht, so soll diese nach §. 304 I. 10 A. G.-O. unter Zuziehung der Parteien erfolgen.

Nun lehrt aber die tägliche Erfahrung, daß von den Parteien gegen die vom Gericht beliebte Fassung des Eides erhebliche Einwendungen gemacht werden, über welche am zweckmäßigsten gleich beim

Beschluß über die Abnahme des Eides entschieden wird. Dadurch werden spätere Weiterungen vermieden, welche besonders in dem häufig vorkommenden Fall die Entscheidung verzögern, wenn der Eid nicht von dem erkennenden Gerichte abgenommen wird.

Der Entwurf sagt hierüber nichts. Dessen §§. 401 bis 403 lauten:

§. 401.

Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen.

Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles.

§. 402.

Sind die Parteien über die rechtliche Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden, oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreites, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

Hängt die Entscheidung über einzelne selbstständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet, oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurtheil erkannt werden. In dem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung nur dann, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreites noch ankomme.

§. 403.

In dem bedingten Urtheile ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen.

Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurtheil ausgesprochen.

Zunächst ist Absatz 2 des §. 402 zu eng gefaßt, denn die frühere Entscheidung über die Leistung eines angetragenen Eides wird auch dann nothwendig, wenn die zu beschwörende Behauptung den ganzen Rechtsstreit und nicht bloß einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel betrifft, aber insofern präjudizieller Natur ist, als durch die Leistung oder Nichtleistung des Eides eine weitläufige Beweisabnahme überflüssig wird.

Ferner sieht man nicht, warum die zusammengehörenden §§. 401 und 403 durch den §. 402 getrennt sind.

Deshalb möchte sich statt der §§. 401 bis 403 des Entwurfes die folgende Fassung empfehlen:

§. 401.

Die Worte des angenommenen und zu leistenden Eides sind bei der mündlichen Verhandlung unter Zuziehung der anwesenden Parteien festzustellen.

§. 402.

Sind die Parteien über die rechtliche Erheblichkeit und die Fassung des Eides einverstanden, oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreites, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

Hängt die Entscheidung über einzelne selbstständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel oder die Anordnung einer weitläufigen Beweisaufnahme von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurtheil erkannt werden. In diesem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung erst dann, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreites noch ankommt.

§. 403.

Liegt keiner der im vorhergehenden §. gedachten Fälle vor, so muß auf Leistung des angenommenen Eides durch ein bedingtes Urtheil erkannt werden, in welchem die Worte des Eides und die Folgen, sowohl der Leistung als der Nichtleistung so genau festzustellen sind, als die Lage der Sache dies gestattet.

Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

Der Eintritt der Folgen, je nachdem der Eid geschworen ist oder nicht, wird durch Endurtheil ausgesprochen.

# IX.

# Werthantheile.

Von Herrn Rechtsanwalt Stüler in Marienburg.

## I. Bisherige Theorien.

F. P. Bremer, Hypothek und Grundschuld.
V. v. Meibom, das Mecklenburgische Hypothekenrecht.
O. Bähr, die Preußischen Gesetze über die Rechte am Grundvermögen.
Fr. Förster, Preußisches Grundbuchrecht.

Dasjenige Recht, welches man neuerlich Realobligation oder Grundschuld genannt hat, ist seinem Wesen nach, wie es scheint, noch nicht genügend erklärt. Nachdem dasselbe in dem preußischen Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken Aufnahme gefunden hat, ist seine wissenschaftliche Begründung ein Bedürfniß geworden.

Einen Versuch hierzu, der Beachtung gefunden, hat Bremer in der oben bezeichneten Schrift gemacht. Bremer geht davon aus (S. 23), daß die Sache, an welcher die Grundschuld bestellt werde, hier als bloßes Werthstück in Betracht komme, im Gegensatz von ihrer Behandlung als Species oder Genus. Der Eigenthümer behandle sie als Werthstück, indem er sie verwerthe, d. h. verkaufe. Ohne sie zu schon zu verwerthen, behandle er sie doch als Werthstück, indem er sie als Sicherungsmittel für eine Forderung hinstelle, also dem Gläubiger eventuell ihren Werth bis zur Höhe der Forderung anweise (S. 29). Der Pfandgläubiger erhalte hierdurch das Recht, die Sache eventuell zu verwerthen, d. h. zu verkaufen, um sich aus dem Erlös bezahlt zu machen. Dies Recht sei kein selbstständiges, seine Ausübung sei bedingt durch die Nichtzahlung einer Schuld. Ein solches Recht könne aber auch als ein selbstständiges verliehen werden, ohne Abhängigkeit von einer Forderung (S. 53). Dies sei das Recht, welches man Grandschuld genannt habe, wenngleich ein Schuldverhältniß nicht vorhanden sei. Sein Inhalt sei die Befugniß, die Sache, an welcher es bestellt, zu verwerthen und sich den Erlös bis zu der bestimmten Höhe anzueignen. Durch das Recht sei die Sache gebunden (obligirt). Sie werde befreit, wenn der Werthberechtigte sie veräußere, was nach

gemeinem Recht allerdings nur unter richterlicher Mitwirkung geschehen dürfe. Die Sache könne aber auch dadurch befreit werden, daß der Eigenthümer zahle, wie eine verpflichtete Person befreit werde, wenn ein Dritter für sie zahle. Wolle der Eigenthümer der Veräußerung der Sache durch den Werthberechtigten entgehen, so bleibe ihm nur übrig, zu zahlen, obgleich er persönlich nicht verpflichtet sei.

Im Gegensatz zu dem dinglichen Hauptrechte sei die Berechtigung zum Zinsgenuß eine obligatorische. Da der Eigenthümer die Sache nutze, so sei die Vereinbarung rationell, daß er einen Theil der Früchte oder ihres Werthes an den Werthberechtigten herausgebe. Doch richte sich die Forderung gegen jeden Inhaber der Sache.

Bremer will also die Grundschuld erklären auf der Grundlage der römisch-rechtlichen Theorie der dinglichen Rechte, wonach der Berechtigte eine unmittelbare Herrschaft über die Sache ausübt und durch sich selber realisirt, ohne Vermittelung der Thätigkeit oder des Unthätigbleibens einer Person, und wonach dem Inhaber des Rechtes an einer fremden Sache der Eigenthümer gar nicht anders gegenübersteht, wie jeder Dritte. Danach ist das Werthrecht, wie Bremer es nennt, nur so denkbar, daß der Berechtigte zu der nach Inhalt seines Rechtes bestimmten Zeit verkaufen darf, um sich den ihm zustehenden Betrag zu beschaffen. Um den Eigenthümer nicht zu schädigen, verkauft der Richter, aber Namens des Berechtigten. Der Anspruch an den Eigenthümer geht nur auf Herausgabe des Grundstückes zum Zweck des Verkaufes.

Dies entspricht zunächst nicht der natürlichen Anschauung. Der Berechtigte soll in erster Linie das Recht des Verkaufes haben, der Eigenthümer den Verkauf nur abwenden dürfen durch Zahlung. Natürlicher erscheint die umgekehrte Annahme, daß der Berechtigte Zahlung vom Eigenthümer fordert und bei ausbleibender Zahlung verkaufen läßt. Aber auch juristisch dürfte die Theorie nicht haltbar sein.

Der Werthberechtigte hat an sich nur das Recht, sich den Werth zu verschaffen; daß er das Verkaufsrecht habe, ist noch zu beweisen. Das Verkaufsrecht kann nur ein Mittel sein zur Erreichung des Zweckes, und es fragt sich, ob es überhaupt oder in der Unbeschränktheit nothwendig ist. Hat der Berechtigte wirklich einfach das Verkaufsrecht, so muß er es ausüben können ohne Rücksicht auf die Schritte des Eigenthümers. Bremer meint zwar, die belastete Sache könne auch dadurch befreit werden, daß der Eigenthümer die durch das Werthrecht

bestimmte Summe zahle, gleich wie ein Schuldner durch die Zahlung jedes Dritten befreit werde. Allein diese Uebertragung eines Grundsatzes aus dem Obligationenrecht in das Sachenrecht ist schwerlich ohne weiteres zulässig. Der Werthberechtigte soll keine Forderung, sondern das Verkaufsrecht an einer bestimmten Sache haben. An solchem Verkauf kann er ein größeres Interesse haben, als die Bezahlung, zum Beispiel das Interesse, das Grundstück zu erwerben. Dies wird durch die Zahlung nicht befriedigt. Soll jedoch der Eigenthümer das Recht der Zahlung oder der Ablösung haben, so kann das Recht des Werthberechtigten nicht in der Veräußerungsbefugniß bestehen. Das Recht besteht in etwas Anderem oder die Veräußerungsbefugniß ist wenigstens eine irgendwie beschränkte.

Zu einem unrichtigen Ergebniß kommt man ferner, wenn man die Wirkungen des behaupteten Verkaufsrechtes betrachtet. Wer verkauft, ist Vertragschließer, erwirbt also das Eigenthum an dem gezahlten Kaufgelde und ist Gläubiger des Käufers bis zur Zahlung (Windscheid, §. 237 Nummer 4). Ist dies der Fall, so haben die anderen Realberechtigten und der Eigenthümer hinsichtlich des Ueberschusses nur einen Anspruch auf Zahlung an ihn. Dasselbe Recht haben aber auch seine persönlichen Gläubiger, und die Kaufgelderforderung des verkaufenden Realberechtigten, beziehungsweise die gezahlten Kaufgelder, fallen zu dessen Concursmasse. Hierdurch würde das Recht der miteingetragenen Realgläubiger und des Eigenthümers verkürzt. Man sagt zwar, der Realberechtigte dürfe nur zum Zweck seiner Befriedigung verkaufen und müsse den Ueberschuß herausgeben. Allein der Anspruch auf die Herausgabe ist kein dinglicher. Muß man aber, wie unzweifelhaft, den Ueberschuß unbedingt für die anderen Realberechtigten und den Eigenthümer in Anspruch nehmen, dann kann der Kaufpreis nicht unbeschränkt Eigenthum des subhastirenden Gläubigers, und es kann dieser nicht der Verkäufer oder nicht allein der Verkäufer sein.

Bremer kommt zu unrichtigen Schlüssen, indem er von der Annahme ausgeht, der Eigenthümer behandle die Sache als Werthstück nur dadurch, daß er sie verkaufe oder einem Andern dies Verwerthungsrecht bis zu einer bestimmten Höhe bedingt oder unbedingt abtrete. Die Verwerthung ist aber noch in mancher andern Art denkbar und darum kann man nicht sagen, das einem Andern abgetretene Werthrecht bestehe in dem Verkaufsrecht.

Am wenigsten ausreichend erscheint die Theorie Bremers zur Erklärung des Zinsrechtes. Wenn das Werthrecht in der Verkaufsbefugniß besteht, so läßt sich das Zinsrecht nicht als ein dingliches begreifen. Bremer gründet es deshalb auf eine Obligation. Jedoch sei es ein Accessorium zu dem Werthrecht und richte sich gegen jeden Inhaber der Sache.

Es fragt sich, wie das zu verstehen ist. Kein dingliches Recht, sondern ein obligatorisches. Dennoch geht die Verbindlichkeit auf jeden Inhaber der Sache über, und, wie gemeint zu sein scheint, der ursprünglich Verpflichtete wird durch die Veräußerung der Sache frei, ja er haftet selbst nur als Besitzer. So wenigstens denkt man sich die Zinsenverbindlichkeit, welche mit der Grundschuld verbunden sein soll, und Bremer will dies Verhältniß juristisch erläutern. Er nimmt also nicht eine obligatorische Verbindlichkeit, wie bei Hypotheken zu Hülfe, in der Art, daß für die Zinsenverbindlichkeit das Grundstück verpfändet würde, und daß der Vertragschließer persönlich verbunden sei und bleibe. Er construirt vielmehr ein in seinen Wirkungen völlig dingliches Recht und meint unzweifelhaft, daß das Grundstück in gleichem Umfange, insbesondere zu derselben Priorität, für die Zinsen hafte, wie für das Kapital. Wie er dazu kommt, dies Recht als ein obligatorisches zu bezeichnen, ergiebt sich aus der von ihm herangezogenen Analogie. Er sagt: „Daß der Eigenthümer des Grundstückes, dem persönlich keinerlei prinzipale Leistung obliegt, dennoch zu einer accessorischen Leistung verpflichtet ist, hat nichts Auffallendes. Dasselbe kommt schon im römischen Recht, z. B. bei der servitus oneris ferendi vor; denn die dem Eigenthümer des praedium serviens hier obliegende Reparaturpflicht kann nur als eine obligatorische verstanden werden.“ Er verweist dabei auf Ad. Schmidt und Windscheid I. §. 211a Anmerk. 3, wo es heißt: „Das Richtige ist gewiß allein, daß bei der servitus oneris ferendi mit dem dinglichen Recht ein obligatorisches nach Art unserer Reallasten verbunden ist; der Verpflichtete in demselben ist der jedesmalige Eigenthümer.“ Bremer will also nur sagen, die mit dem Werthrecht verbundene Zinsverbindlichkeit sei zu erklären wie die Reallasten, und sei eine obligatorische wie diese. Sofern man aber die hier in Bezug genommene Theorie von den Reallasten nicht anerkennt, muß man auch die Erklärung jenes Zinsrechtes für ungenügend halten. Wir meinen, daß aus einer Obligation der Verpflichtete für seine Person verbunden ist. Ist im Gegentheil Jemand nur als

Besitzer einer Sache verpflichtet, so ist ein dingliches Recht vorhanden, wie es die Reallasten sind; und die Aufgabe ist eben, dies zu erklären. Wenn man aber jene Theorie für richtig hält, wie Bremer es thut, sollte man dann nicht auch die Zahlung des Kapitals für eine obligatorische Verbindlichkeit ansehen können und ansehen müssen? Es ist kein einheitliches Recht, das Bremer aufbaut.

Als ein einheitliches Recht stellt von Meibom die Grundschuld dar in der vorbezeichneten Bearbeitung des mecklenburgischen Hypothekenrechtes, wenn auch nicht völlig klar ist, welche Natur er ihr beilegt. Er beschreibt die Hypothek des mecklenburgischen Rechtes als die im Hypothekenbuch eingetragene Belastung eines Grundstückes, welche in der Verpflichtung des Eigenthümers desselben bestehe, die im Hypothekenbuch angegebene Geldsumme zu zahlen, für welche der Werth des belasteten Grundstückes hafte (§. 4). Er sagt sodann, daß sämmtliche mecklenburgische Hypothekenordnungen die Hypothek als ein dingliches Recht bezeichneten. Ein solches sei die Hypothek jedoch nicht in dem römisch-rechtlichen Sinne, wonach dem Berechtigten eine unmittelbare Herrschaft über die Sache zustehe, sondern in dem deutsch-rechtlichen Sinne, wonach der Berechtigte einen Anspruch auf eine dem Eigenthümer der Sache als solchem obliegende Leistung habe. Auf der andern Seite bezeichneten die Hypothekenordnungen das Hypothekenrecht als Forderung, den Berechtigten als Gläubiger, den Eigenthümer des belasteten Grundstückes als Schuldner und die Uebertragung des Rechtes auf ein anderes Subjekt als Cession. Den scheinbaren Widerspruch, daß hiernach das hypothekarische Recht einmal als dingliches Recht und dann wieder als Forderungsrecht bezeichnet sei, will Meibom dadurch lösen, daß er es als Realobligation oder Grundschuld auffaßt (§. 5).

Meibom verzichtet darauf, in jener Schrift den Begriff der Realobligation wissenschaftlich zu rechtfertigen (§. 5 Anm. 13). Wie er ihre Natur auffaßt, kann man nur aus gelegentlichen Bemerkungen und aus der — sehr klaren und gründlichen — Entwickelung des Rechtes entnehmen. Er sagt, die Realobligation unterscheide sich von der persönlichen Obligation nur darin, daß der Eigenthümer des Grundstückes als solcher verpflichtet sei. Damit sei ausgesprochen, daß die Person des Schuldners durch das Eigenthum am Grundstück bestimmt werde, daß der jeweilige Eigenthümer der Schuldner sei, und daß er nur mit dem belasteten Grundstück hafte (§. 5 III.). Das Recht des

Hypothekengläubigers sei in jeder Beziehung nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes zu behandeln, soweit nicht die Eigenschaft der Obligation als Realobligation zu einer Abweichung von denselben nöthige, oder die Hypothekenordnungen eine abweichende Bestimmung enthielten (§. 5 IV). In folgerechter Durchführung dieses Satzes sagt Meibom: „Die als Hypothek bestellte Sache haftet dem Gläubiger für die Befriedigung seines Anspruchs, aber nicht in der Weise, daß ihm das Recht zustände, durch Veräußerung der Sache ihren Geldwerth herzustellen und sich daraus zu befriedigen, sondern in der Weise, daß er durch Anrufung der gerichtlichen Hülfe die Sache als Exekutionsobjekt zum Zweck seiner Befriedigung im Exekutionswege verkaufen lassen kann. Diese Befugniß des Hypothekengläubigers unterscheidet sich von der übrigens gleichen Befugniß jedes andern Gläubigers nur darin, daß er sie gegen jeden Eigenthümer der Sache und vorzugsweise vor anderen Gläubigern geltend machen kann" (§. 4). Dem entsprechend bezeichnet Meibom bei eintretender Subhastation den Eigenthümer als den Verkäufer und läßt ihn für Eviktion haften (§. 26 II. 1).

Sollte man nicht meinen, daß Meibom hiernach die mecklenburgische Hypothek durchaus als ein obligatorisches Recht behandelte? Allerdings als ein sehr eigenthümliches, insofern der Schuldner lediglich durch den Besitz eines Grundstückes bestimmt wird, und er nur mit dem Erlöse desselben haftet; doch immer als obligatorisches Recht. Denn wenn zur Verwirklichung des Rechtes eine Exekution eintritt, bei welcher ein eigenes Recht des Gläubigers an der Sache nicht zur Anwendung kommt, so ist auch kein dingliches Recht vorhanden. Und es würde die Aufgabe sein, jenes eigenthümliche obligatorische Recht wissenschaftlich zu begründen.

Indessen Meibom will ein dingliches Recht darstellen, wie er auch die Dinglichkeit der Reallasten betont. Die Ausdrücke: Gläubiger, Schuldner, Exekution sind sonach nicht in dem Sinne zu verstehen, in welchem sie bei Obligationen gebraucht werden. Der Ausdruck Obligation selbst kann nicht in eigentlichem Sinne verstanden werden. Die Darstellung der Natur der Exekution bei Meibom ist aber auf Rechnung des von ihm angenommenen Grundsatzes zu stellen, daß das Recht des Hypothekengläubigers nach den Grundsätzen des Obligationenrechtes zu behandeln sei, ein Grundsatz, der nicht anerkannt werden kann und in den Quellen keine Begründung findet. Wenn bei der

Exekution der Verkauf wirklich nur Namens des Eigenthümers stattfände, so müßte er Eigenthümer des Kaufgeldes werden und dieses müßte Exekutionsobjekt auch für seine übrigen Gläubiger werden und zu seiner Konkursmasse fallen. Denn an dem Kaufgelde können die Hypothekengläubiger kein dingliches Recht haben. Anderseits würde der Käufer im Eviktionsfall nicht gesichert sein, wenn nur der Eigenthümer haftete.

Im Uebrigen können wir uns mit den Ergebnissen der Darstellung der sogenannten Hypothek bei Meibom bis auf untergeordnete Punkte einverstanden erklären. Nicht so mit der Art der Behandlung des Rechtes, insofern seine Natur nicht bloß nach Aehnlichkeit obligatorischer Rechte dargestellt, dasselbe vielmehr geradezu als Obligation behandelt wird, wenn auch mit eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen.

Bähr bespricht in der oben bezeichneten Schrift die preußischen Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht, welche nebst Motiven im Jahre 1869 amtlich veröffentlicht sind. Die dort vorgeschlagene Hypothek ist im wesentlichen dasselbe dingliche Recht, welches in dem Gesetze vom 5. Mai 1872 als Grundschuld erscheint. Wir dürfen daher dasjenige, was Bähr über jene Hypothek sagt, auf die Grundschuld beziehen.

Bähr verwirft die Begründung der Grundschuld, wie sie in den Motiven enthalten ist, und stellt eine eigene auf. Er geht davon aus, daß die Grundschuld immer den Bestand einer Schuld voraussetze, gleichwie die Hypothek ihn voraussetze. Aber die Schuld, welche eine Voraussetzung der ersteren sei, soll keine persönliche sein. Es erfordere der Verkehr ein dingliches Recht, welches von den Einreden gegen eine persönliche Forderung völlig unabhängig dastehe (S. 50 u. 98).

Bähr nennt die Schuld, welche dem Grundschuldrecht zur Grundlage diene, Realobligation (S. 52 u. 96). Er legt ihr zwei Besonderheiten bei. Die erste ist, daß der Schuldner nicht, wie sonst, mit seinem ganzen Vermögen hafte, sondern nur mit einem bestimmten Grundstück (S. 49 u. 96). Die zweite, daß die Schuld ohne einen materiellen Rechtsgrund sei, daß sie auf einem rein formellen Summenversprechen beruhe (S. 101).

Man könnte fragen, ob das überhaupt eine Schuld ist. Aber wir wollen dem Gedanken soweit als möglich nachgehen. Es sei zugegeben, man könne sich mit der Beschränkung verpflichten, daß sich die

Exekution nur gegen einen bestimmten Gegenstand richte. Auch mag es zulässig sein, sich ohne Angabe eines Rechtsgrundes zu verpflichten. Wir halten zwar ein rein formelles Schuldversprechen mit der Sicherheit des Rechtsverkehres nur in dem Falle vereinbar, wenn für dasselbe bestimmte Förmlichkeiten vorgeschrieben sind, wie beim Wechsel. Jedoch solche Förmlichkeiten mögen in der Bestellung einer Grundschuld zu finden sein. Wie entwickelt sich das Rechtsverhältniß nun weiter?

Die Sache ist einfach, so lange das Grundstück in Händen des Schuldners bleibt. Veräußert er es, so fragt sich, wer ist jetzt der Schuldner? Ohne ausdrückliche Uebernahme der fremden Schuld geht diese nicht auf den neuen Eigenthümer über. Eine derartige Fiktion würde Bähr selbst verwerfen. Der frühere Eigenthümer würde also der Schuldner bleiben. An ihn muß sich der Gläubiger wenden, wenn er Zahlung beansprucht; ihm muß er auch kündigen. Erst wenn er keine Zahlung erlangt, könnte er sich an das Grundstück halten. So aber versteht Bähr das Rechtsverhältniß nicht. Er sagt, verpflichtet bei der Realobligation sei der jeweilige Eigenthümer eines Grundstückes mit diesem Grundstücke (S. 53 u. 97). Er muß dies behaupten, weil man sich die Grundschuld allgemein so denkt, daß der Gläubiger es nur mit dem Besitzer des verhafteten Grundstückes zu thun habe, und daß er zur Geltendmachung seines Rechtes nicht noch die Verhaftung des früheren Eigenthümers nachzuweisen brauche, sondern nur die Eintragung. Bähr will auch selbst ein Recht construiren, welches dieser Auffassung entspricht.

Als das Richtige festzuhalten ist, daß der jeweilige Eigenthümer zu zahlen verbunden ist und dafür mit seinem Grundstück haftet. Dies läßt sich nicht so begründen, daß der Eigenthümer aus irgend einem außerhalb liegenden Grunde verbunden ist, und falls er nicht zahlt, die Exekution in das Grundstück zu dulden hat; sondern umgekehrt, das Grundstück ist belastet: darum muß der jeweilige Eigenthümer zahlen oder den Verkauf des Grundstückes gewärtigen. Die Zahlungsverbindlichkeit ist eine F o l g e der Belastung. Es mag schwer sein, die Vorstellung aufzugeben, welche uns aus dem Hypothekenrecht geläufig ist, daß das dingliche Recht, welches auf Beschaffung einer Summe Geldes gerichtet ist, zur Sicherung eines anderweiten Rechtes dienen muß; oder, wie Bähr sagt (S. 98), daß es zu seiner Begründung der Existenz des Anspruches bedürfe, zu dessen Realisirung es dienen soll. Die Grundschuld ist ein durchaus selbständiges Recht.

Sie ist ein einfaches Recht, während die Hypothek ein zusammengesetztes ist. Es ist nun wohl kein richtiges Verfahren, die Erklärung der Natur des einfachen Rechtes von dem zusammengesetzten zu entnehmen. Ersteres muß aus sich selbst erklärt werden; dann wird man umgekehrt auch eine Erklärung für letzteres finden.

Bähr meint zwar augenscheinlich, die Bedeutung des dinglichen Anspruches bei der Hypothek sei klar; und wenn das der Fall wäre, würde man daraus eine Erklärung für die Grundschuld gewinnen können. Er sagt von der bisherigen Hypothek (S. 97): „Veräußert der persönliche Schuldner das von ihm verpfändete Gut, oder hat von vorn herein ein Dritter für die Schuld eines Andern eine Hypothek bestellt, so haften dem Gläubiger zwei Schuldner ganz nach Art der correi debendi, der persönliche Schuldner, und der Besitzer des verpfändeten Gutes als dinglicher Schuldner, jener mit seinem gesammten Vermögen, dieser mit der Hypothek. (Für die Hypothek des gemeinen Rechtes dürfte dies zwar nicht richtig sein, wohl aber für die des preußischen Rechtes.) Nun galt als bisheriger Grundsatz des Rechtes, daß die dingliche Schuld immer nur eingegangen werden könne in Verbindung mit einer persönlichen Schuld. Für die Aufrechthaltung dieses Abhängigkeitsverhältnisses besteht aber nicht die geringste innere Nothwendigkeit, und um den Hypothekenverkehr völlig frei zu machen, erscheint ein Aufgeben desselben zweckmäßig. Die Hypothek, welche bisher nur als Bürgin für eine neben ihr bestehende Schuld zugelassen wurde, soll auch als Selbstschuldnerin eintreten können. So gut wie sich in dem soeben angeführten Falle die dingliche Schuld in der Person des dritten Besitzers verselbstständigt, ebensogut kann sie auch von vorn herein selbstständig hingestellt werden. In der Natur der hypothekarischen Verpflichtung wird dadurch nicht das Geringste geändert.“

Bähr meint, die Hypothek bleibe Hypothek, auch wenn sie nicht zur Sicherheit für eine persönliche Forderung dienen soll, und er sucht nach einer andern zu sichernden Schuld. Setzen wir für hypothekarische Verpflichtung allgemeiner dingliche Belastung, so sind wir mit dem Schlußsatz einverstanden. Konstruirt man ein Recht, welches von den beiden Bestandtheilen einer Hypothekenforderung, der persönlichen Forderung und der dinglichen Berechtigung, nur den letztern enthält, so hat ein solches Recht dieselbe Natur, wie die dingliche Berechtigung in der Hypothek. Letztere Berechtigung unterscheidet sich von jenem Recht dadurch, daß sie von einer Forderung abhängig ist. Aber ab-

gesehen hiervon, lediglich in ihrer Richtung auf das belastete Grundstück, hat sie dieselbe Natur, wie jenes Recht, die Grundschuld.

Stände nun die Natur der dinglichen Berechtigung in der Hypothek fest, so würde dadurch unmittelbar die Natur der Grundschuld erklärt sein. Nach der gangbaren Auffassung besteht jene Berechtigung in dem Verkaufsrecht des Grundstückes zum Zweck der Erlangung derjenigen Summe, welche nöthig ist, um die persönliche Schuld zu tilgen. Danach würde die Grundschuld einfach in dem Verkaufsrecht zur Erlangung einer bestimmten Summe bestehen. Allein welches ist die Natur dieses Verkaufsrechtes? Es ist nicht dasselbe Verkaufsrecht, welches der Eigenthümer hat. Für den Hypothekengläubiger ist der Verkauf nur das Mittel, oder vielmehr eins von den Mitteln, zum Zweck der Erlangung der Summe Geldes, auf welche er vermöge seines dinglichen Rechtes den Anspruch hat. In dem Verkaufsrecht selbst kann also jenes dingliche Recht nicht bestehen; es fragt sich vielmehr, welches die Bedeutung desjenigen dinglichen Rechtes ist, zu dessen Befriedigung der Verkauf dient. Man wird vielleicht sagen, dies dingliche Recht bestehe in dem Anspruch auf Erlangung einer Summe Geldes aus dem Grundstück. Einen Anspruch kann man nicht erheben gegen ein Grundstück, sondern nur gegen dessen Eigenthümer. Wie aber kann ein Anspruch an den Eigenthümer aufgefaßt werden als die Ausübung einer Herrschaft über die Sache? Das ist die Frage, die zu beantworten ist. Sie ist dieselbe bei der Hypothek, wie bei der Grundschuld.

Die Theorie der Grundschuld, welche Franz Förster vorträgt, läßt sich von ihrem Ausgangspunkte an verfolgen. Sie hat sich ausgebildet zugleich mit der Gestaltung, welche der Grundschuld zuerst in dem Gesetzentwurf und zuletzt in dem zustande gekommenen Gesetz gegeben wurde.

Die schon erwähnten Motive des Regierungsentwurfes (S. 48 ff.) gehen davon aus, die Bestrebungen hinsichtlich der Reform der Hypothekengesetzgebung hätten hauptsächlich die Richtung verfolgt, die Hypothek zu einem selbstständigen Rechte zu machen, sie loszulösen von der Gebundenheit an ein persönliches Schuldverhältniß. Sie solle, wie man sich ausdrückte, eine selbstständige Realobligation sein. Dieser Ausdruck enthalte jedoch einen logischen Widerspruch. Denn er solle eine Obligation, d. h. eine persönliche Schuldverbindlichkeit bezeichnen, zu welcher die persönliche Schuld und der persönliche Schuldner fehle. Es liege im Wesen der Hypothek, daß durch sie die Zah-

lung eines Kapitales gesichert werde; sie sei daher ohne unterliegende Schuldverbindlichkeit nicht denkbar. Allerdings sei das Bestreben, der Hypothek den Charakter der Selbstständigkeit zu verleihen, ein berechtigtes. Die Selbstständigkeit könne aber nicht ihre gänzliche Beziehungslosigkeit zu einem Schuldverhältniß bedeuten. Verstehe man unter dem accessorischen Charakter der Hypothek ihr Gebundensein an die Gültigkeit der Schuld, so biete sie die Sicherheit nicht, die man von ihr verlangen müsse. Dies Gebundensein müsse fortfallen. Wenn schon die Hypothek nur zur Sicherheit einer Obligation bestellt werden könne, so lasse sie sich doch in ihrem Fortbestehen, insbesondere in ihrer Verfolgbarkeit, von dem Schicksal dieser Obligation unabhängig machen. Wenn der Besitzer eines Grundstückes eine Hypothek für eine Schuld bewillige, so liege darin ein Verzicht auf alle Einreden aus der Entstehung des Schuldverhältnisses; oder es solle das Gesetz diese Folge an die Bewilligung knüpfen. Die weitere Folge sei, daß es einer Aufdeckung des Schuldgrundes nicht bedürfe. Die Bewilligung sei der alleinige Rechtsgrund der Eintragung.

Abgesehen von dem von Bähr angefochtenen und von Förster in seiner neuesten Schrift zurückgenommenen Satze, daß in der Eintragungsbewilligung ein Verzicht auf alle Einreden aus der Entstehung des Schuldverhältnisses liege, dürfte der Gedankengang nicht völlig folgerecht sein. Es wird gesagt, da die Einreden aus dem Schuldverhältnisse ausgeschlossen seien, so bedürfe es einer Aufdeckung des letztern und seiner Eintragung nicht mehr. Dem entsprechend läßt der §. 20 des Entwurfes die Eintragung der Hypothek ohne Vorlegung der Schuldurkunde oder Angabe des Schuldgrundes zu. Geschieht die Eintragung in dieser Weise, dann müssen wir behaupten, daß eine Hypothek nicht vorhanden ist. Denn die Hypothek ist ihrem Begriff nach ein sicherndes Recht. Sie läßt sich daher nicht trennen von der gesicherten Forderung. Es genügt nicht, daß das durch die Eintragung begründete dingliche Recht den Zweck hat, eine Sicherung für eine Forderung zu bieten. Denn dieser Zweck läßt sich aus der Eintragung nicht erkennen. Es ist sehr gut möglich, daß die Hypothek nicht zu dem Zweck bestellt wird; hätte diese sog. Hypothek im besonderen Falle auch wirklich jenen Zweck, so würde es doch keine Hypothek, sondern ein selbstständiges dingliches Recht sein.

Die Hypothek des Entwurfes ist denn auch im wesentlichen schon die Grundschuld; nur daß in dem Abschnitt über die Wirkung des

Hypothekenrechtes eine persönliche Klage neben der dinglichen zugelassen und besondere Vorschriften über das Verhältniß beider getroffen werden.

In dem Gesetz vom 5. Mai 1872 erscheint das dingliche Recht grundsätzlich unabhängig von einer zu sichernden Forderung und trägt den Namen Grundschuld. In der Erklärung dieses Rechtes kommt jedoch Förster auf die Annahme zurück, daß der Zweck desselben nur jene Sicherung sein könne. Er sagt (S. 138), während das bisherige Recht die Verbindung der Hypothek mit der Forderung als deren Abhängigkeit von ihr gefaßt habe, gehe das neue Recht davon aus, daß, obschon die Hypothek in Verbindung mit einer persönlichen Forderung entstehe, diese Verbindung doch nicht nothwendig eine dauernde Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung erzeugen müsse. Die Verbindung könne auch eine, die Entstehung der Hypothek veranlassende, sie müsse nicht nothwendig eine sie bedingende sein. Hiergegen wird einzuwenden sein, daß die Veranlassung der Entstehung eines Rechtes auf dessen Bedeutung keinen Einfluß hat. Das Gesetz stellt in der Grundschuld ein dingliches Recht auf, welches keine Beziehung zu einer persönlichen Forderung hat. Denn nach §§ 18, 19, 23 erfolgt die Eintragung lediglich auf Grund der Bewilligung des Eigenthümers (oder eines Erkenntnisses oder der Nachsuchung einer Behörde), und die Bewilligung braucht nur eine bestimmte Summe und die Bedingungen der Verzinsung und Entrichtung der Summe zu enthalten, oder, wie das Gesetz unter Beibehaltung des Wortlautes des von der Hypothekentheorie ausgehenden Entwurfes sich ausdrückt, die Bedingungen der Rückzahlung. Die Veranlassung zur Entstehung dieses Rechtes ist aus ihm nicht erkennbar. Es ist deshalb möglich, daß seine Entstehung die vorausgesetzte Veranlassung nicht hat. Die Grundschuld braucht nicht den Zweck zu haben, eine Forderung zu sichern.

Was Förster von der Verbindung der Hypothek mit der persönlichen Forderung sagt, scheint auf die bisherige preußische Hypothek zu passen, und auch auf die Hypothek des Gesetzes vom 5. Mai 1872. Diese Hypotheken entstehen in Verbindung mit einer Forderung; die Sicherung der letzteren ist die erkennbare Veranlassung der Entstehung. Aber die Existenz dieser Hypotheken ist nicht durchaus gebunden an die Gültigkeit der Forderung. In der Hand des redlichen Dritten sind sie unabhängig von Einwendungen aus der persönlichen Schuld. In dieser Beziehung bezeichnen sie einen Fortschritt gegen die Hypothek des gemeinen Rechtes, welche von der persönlichen Schuld abhängig

bleibt. Die Grundschuld bezeichnet aber einen Fortschritt gegenüber jenen Hypotheken.

Allein wir brauchen auf jene Ansicht Försters von der Verbindung der Grundschuld mit der zu sichernden persönlichen, aus einem materiellen Schuldgrunde entstehenden Forderung nicht zurückzukommen, da Förster eine Erklärung der Grundschuld giebt, die davon unabhängig ist. Er bezeichnet (S. 139) dieselbe als das Formalrecht auf die Leistung einer Summe, welche dem Eigenthümer desjenigen Grundstückes obliege, dessen Werth zur Sicherung der Leistung eingesetzt sei. Hiermit stimmt Bähr im wesentlichen überein. Beide Schriftsteller nehmen an, daß die Grundschuld zur Sicherung für eine Forderung diene, daß diese Forderung auf einem formalen Summenversprechen beruhe, und daß dies Summenversprechen in der Bestellung der Grundschuld zu finden sei. Sie unterscheiden sich darin, daß Bähr die zu sichernde Forderung als eine dingliche, Förster als eine persönliche bezeichnet.

Ersterer nennt sie eine dingliche Forderung (S. 49, 50, 69), weil sie ihre Richtung nehme auf ein bestimmtes, dinglich erfaßtes Exekutionsobjekt; weil der jedesmalige Eigenthümer eines Grundstückes hafte, und zwar mit diesem. Hiergegen sagt Förster (S. 138): der Begriff der dinglichen Forderung, wenn dadurch ein Gegensatz zur persönlichen Forderung ausgedrückt werden solle, könne nur anzeigen, daß statt der Person das Ding schulde, was doch unmöglich sei. Solle aber der Eigenthümer eines Grundstückes zahlen, widrigenfalls er das Grundstück verliere, so sei er persönlich zahlungspflichtig, und das Einsetzen des Grundstückes könne keine andere Bedeutung haben, als daß dadurch die Zahlung, also eine Handlung des Eigenthümers gesichert werden solle. Dies Einsetzen des Grundstückes könne aber entweder bedingungsweise geschehen, nämlich wenn ein besonderer Rechtsgrund für die Zahlungspflicht gültig sei, oder so, daß die Zahlungspflicht lediglich durch die Bestellung des Rechtes am Grundstück begründet, nicht aber von einem besondern, außerhalb dieser Bestellung liegenden Rechtsgrunde hergeleitet werde, mithin auch nicht durch dessen Vorhandensein oder Gültigkeit bedingt sei. In dem letzteren Falle nehme allerdings die Hypothek oder Grundschuld den Charakter eines Formalrechtes an, eines durch den Werth des Grundstückes gesicherten Summenversprechens ohne Rücksicht auf eine sogen. cautio discreta. Und dies sei Begriff und Wesen der Grundschuld, wie sie das Gesetz vom 5. Mai 1872 enthalte.

Die Ansicht Försters dürfte folgerichtig sein. Nimmt man einmal an, daß die Forderung das Erste ist, die Voraussetzung für die Entstehung des sichernden Rechtes, so kann sie nur auf einer Obligation beruhen, ist also eine obligatorische und in diesem Sinne persönliche, wenn auch die Exekution sich nur gegen das eingesetzte Grundstück richten darf. Dies wird auch nicht durch das, was Bähr über die Bedeutung der Formalobligation sagt, beeinträchtigt. Er führt aus (S. 99—101), das Ziel des Regierungsentwurfes sei, in die Hypothek zugleich eine prozessualische Sicherung des Anspruches hinein zu legen. Dies Bedürfniß lasse sich dadurch befriedigen, daß man an Stelle derjenigen Forderung, welche man prozessualisch sichern wolle, ein abstraktes Summenversprechen setze und hieran die Hypothekbestellung knüpfe. Man könne auf diesem Wege aber noch einen Schritt weiter gehen. Anstatt das Summenversprechen zur Sicherung einer persönlichen Schuld abzugeben, könne man es ohne Beziehung zu einer persönlichen Schuld, lediglich mit Rücksicht auf die zu bestellende Hypothek abgeben und mit dieser verknüpfen. Indessen (wenn wir den Gedankengang recht verstehen), wo liegt hier der Unterschied? Wenn ich ein formales Schuldversprechen abgebe, so liegt der Beweggrund dazu oder die Rücksicht, aus welcher es abgegeben wird, gänzlich außerhalb der Verpflichtung. Diese Verpflichtung ist in dem einen Fall dieselbe wie in dem andern, — ein Summenversprechen.

Eine wesentliche Verschiedenheit der beiderseitigen Theorien ist also nicht vorhanden. Nach beiden geht der Eigenthümer durch die Bewilligung der Grundschuld eine formale Verpflichtung ein, für welche, mag man sie eine dingliche oder persönliche nennen, das Grundstück und nur dies allein eingesetzt wird. Ist das nun eine haltbare Theorie? Wir können uns nur auf das beziehen, was oben über Bähr's Theorie gesagt ist. Da der die Grundschuld bestellende Eigenthümer die Zahlungsverbindlichkeit eingeht, so ist er auch nur allein verpflichtet. Seinen Besitznachfolger kann er durch das angeblich in der Grundschuldbestellung liegende Summenversprechen nicht verbindlich machen. Eine Folge der Belastung des Grundstückes soll die Zahlungspflicht des Eigenthümers nicht sein. Der spätere Eigenthümer ist also gar nicht verpflichtet. Seine Weigerung zu zahlen ist kein hinreichender Grund zur Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger müßte sich an den aus dem Formalvertrage verpflichteten früheren Eigenthümer wenden und dürfte erst nach vergeblichem Anspruch an ihn das Grundstück zum

Verkauf stellen. Damit würde man in die gemeinrechtliche Hypothek zurückfallen, mit dem einzigen Unterschied, daß die Zahlungsverbindlichkeit nicht auf einem, den Verpflichtungsgrund enthaltenden Vertrage, sondern auf reinem Formalvertrage beruhte.

Den Theorien entgegenzutreten, welche eine Zahlungsverbindlichkeit als Voraussetzung der Entstehung der Grundschuld annehmen, ist nicht bloß ein theoretisches, sondern eben so sehr ein praktisches Interesse. Es sei erlaubt, nur einen Fall zu besprechen.

Bestellt Jemand eine Grundschuld in Höhe von 1000 und läßt sich als Werth dafür 900 versprechen, so fassen wir die Bestellung als eine Veräußerung, die zu zahlenden 900 als Kaufpreis. Das Bestehen der Grundschuld ist unabhängig von der Zahlung des Preises Gegen die Klage des ursprünglichen Gläubigers auf Zahlung des Betrages, also der 1000, kann der Eigenthümer jedoch einwenden, daß der Kaufpreis von 900 nicht gezahlt sei, und diese Forderung zur Compensation stellen. Ist der Preis aber gezahlt, so kann er nicht einwenden, daß er nur 900 erhalten habe und daher nur so viel zu zahlen schuldig sei.

Nach der entgegenstehenden Ansicht ist das dingliche Recht Hypothek für die versprochene, beziehentlich gegebene Summe der 900; letztere ist Darlehn. Der Eigenthümer hat daher, wenn er Zahlung nicht erhalten hat, den Einwand, daß er nichts schulde, die Grundschuld also hinfällig sei. Hat er die 900 erhalten, so hat er gegen die Klage auf Zahlung des Betrages der Grundschuld von 1000 den Einwand daß er nur 900 erhalten habe, hinsichtlich der übrigen 100 also keine Schuld vorhanden sei.

Geht die Grundschuld auf einen Dritten über, so hat der Eigenthümer nach unserer Auffassung diesem gegenüber keine Einwendungen aus dem der Grundschuldbestellung etwa zu Grunde liegenden Vertrage, sondern nur solche Einwendungen, die sich auf die Gültigkeit der Grundschuldbestellung selbst oder auf deren Wiederaufhebung beziehen. Er hat in dem vorausgesetzten Falle also nicht den Einwand, daß er die versprochenen 900 nicht erhalten habe und dies dem Inhaber der Grundschuld bei deren Erwerb bekannt gewesen sei. Er hat nur den Einwand, es sei dem Inhaber bekannt gewesen, daß die Gültigkeit der Grundschuld bei ihrer Bestellung abhängig gemacht sei von der Zahlung des Preises, oder daß der erste Inhaber wegen erfolgter

Abtragung oder auf Grund eines Uebereinkommens verpflichtet sei, in die Löschung zu willigen.

Nach der entgegenstehenden Ansicht müssen dem Eigenthümer dieselben Einwendungen, wie gegenüber dem ursprünglichen Inhaber der Grundschuld, auch gegenüber dem spätern gestattet werden, wenn sie demselben beim Erwerb bekannt gewesen sind. War demselben bekannt, daß die Zahlung der Summe, auf welche die Grundschuld lautet, nicht erfolgt war, so hat er kein Recht, wenn er nicht etwa die inzwischen erfolgte Zahlung zu beweisen vermag.

Bedient sich der Eigenthümer zur Unterbringung einer Grundschuld eines Unterhändlers, auf dessen Namen dieselbe geschrieben ist, und der dem Käufer mittheilt, daß er auf die Grundschuld nichts bezahlt habe, so kann nach unserer Auffassung der Eigenthümer gegen die Grundschuldklage nicht einwenden, daß er von dem Unterhändler kein Geld erhalten habe; und sollte der Käufer dem Unterhändler den Preis nicht gezahlt haben, so hat nur dieser eine Klage auf die Zahlung, wenn er nicht ausdrücklich als Bevollmächtigter des Eigenthümers aufgetreten ist. Nach der entgegenstehenden Ansicht hat der Eigenthümer den Einwand der nicht erhaltenen Summe und braucht zur Begründung nur jene Mittheilung des Unterhändlers darzuthun; es ist dann Sache des Erwerbers der Grundschuld, zu beweisen, daß der Unterhändler die Summe an den Eigenthümer abgeführt habe, oder von demselben zur Geldempfangnahme beauftragt worden sei und von ihm, dem Gläubiger, die Zahlung erhalten habe.

Solcherlei Einreden auszuschließen, ist ein entschiedenes Bedürfniß (vergl. Förster S. 201), und ist für das Gesetz vom 5. Mai 1872 auch sicherlich die Absicht gewesen.

## II. Das Werthantheilsrecht.

Das Sachenrecht ist ein Theil des Vermögensrechtes. Die Rechte an Sachen sind die Rechte der Herrschaft über Sachen als Gegenstände des Vermögens.

Es giebt noch eine andere Herrschaft über Sachen, diejenige, welche der Mensch kraft seiner Persönlichkeit ausübt. Der Mensch beherrscht in solcher Weise die Natur theils durch seine körperlichen, theils durch seine geistigen Kräfte. Der Jäger, welcher das Wild erlegt, der Landwirth, welcher die Erde zur Fruchterzeugung herrichtet,

der Handwerker, welcher die Stoffe zu brauchbaren Sachen umformt, der Baumeister, welcher aus dem Material ein Gebäude baut, der Künstler, welcher aus dem Stein ein Standbild meißelt, der Mechaniker, welcher sich den Dampf dienstbar macht, sie alle üben über die Natur eine Herrschaft aus, die, von dem gedachten Gesichtspunkt betrachtet, eine andere ist, als die vermögensrechtliche, wenngleich sie zugleich eine vermögensrechtliche sein kann.

Die Herrschaft über eine Sache als Vermögensgegenstand läßt sich nach zwiefacher Rücksicht in's Auge fassen, insofern man die Sache

1. als eine individuell bestimmte, eigenartige,
2. als Trägerin eines gewissen Vermögenswerthes ansieht.

Die Herrschaft über die Sache als eine eigenartige besteht in dem Gebrauch, welcher bei fruchttragenden Sachen als Nutzung, im Fall der Aufzehrung der Sache durch den Gebrauch und im Fall der Umwandlung als Verbrauch erscheint. Diese Herrschaft ist zugleich eine Herrschaft über die Sache als Trägerin eines Vermögenswerthes. Lediglich als einen Vermögenswerth behandelt der Eigenthümer die Sache, indem er sie vermiethet oder verpachtet, indem er dingliche Rechte daran bestellt und indem er sie veräußert.

Die Rechte an fremden Sachen theilen sich in zwei Klassen, je nachdem die Sache als eigenartige oder lediglich als Werthgegenstand behandelt wird. Zu ersteren gehören das dingliche Mieth- und Pachtrecht, die Servituten, das Vorkaufsrecht; zu letzteren gehören die Reallasten, das Pfandrecht, die sogenannte Grundschuld. —

Der Eigenthümer besitzt zugleich mit der Sache deren Werth. Veräußert er sie theilweise, sei es zu einem wirklichen (reellen) oder einem vorgestellten (ideellen) Theile, so giebt er damit zugleich einen Theil ihres Werthes weg. Er kann aber auch das Recht auf einen Theil ihres Werthes abtreten ohne Veräußerung eines Theiles der individuell bestimmten Sache. Er bleibt Alleineigenthümer der ganzen Sache; der Erwerber erlangt aber das Recht auf einen Theil des Werthes, welchen die Sache darstellt. Das Recht besteht in der Aneignung des Werthantheiles.

Zweck der Bestellung des Rechtes ist, dem Erwerber den Werth in Zukunft zu verschaffen. Der Zeitpunkt der Ausübung des Rechtes muß daher mit dessen Begründung entweder in sich oder mit Beziehung auf eine Willenserklärung des Berechtigten oder des Eigenthü-

mers bestimmt werden. In Ermangelung solcher Bestimmung muß das Gesetz die Kündigungsfrist festsetzen.

Bis zur Ausübung des Rechtes nutzt der Eigenthümer die Sache; er nutzt damit zugleich den abgetretenen Werthantheil. Hierfür muß er den Werthantheilsberechtigten entschädigen. Der Werth dieser Nutzung ist bei Bestellung des Werthantheils festzusetzen. In Ermangelung einer Festsetzung ist, wenn die Nutzung nicht ausdrücklich unentgeltlich überlassen ist, der Nutzungswerth durch Sachverständige zu ermitteln. Es empfiehlt sich aber, denselben ein für alle Mal auf jährlich 5 Prozent des Werthantheils festzusetzen. Dieser dem Berechtigten zu erstattende Betrag des jährlichen Nutzungswerthes sind die Zinsen.

Die Ausübung des Werthantheilsrechtes erfolgt gegenüber dem jeweiligen Besitzer. Dieser ist verbunden, dem Berechtigten zur Zeit der Fälligkeit das Kapital und bis dahin die fälligen Zinsen nach Kräften des Grundstückes zu gewähren.

Die Verbindlichkeit folgt aus dem Besitz. Indem der Besitzer die vermögensrechtliche Herrschaft über das Grundstück ausübt, dessen Werth zu einem Theile einem Andern gehört, übt er zugleich eine Herrschaft über den Gegenstand des Rechtes dieses Andern aus. Dadurch ist er verbunden, dem Berechtigten dasjenige zu leisten, was dieser gemäß seinem Rechte beanspruchen kann. Denn es wird ihm nur gestattet, sein eigenes Recht so beschränkt auszuüben, daß die Rechte der dinglich Berechtigten gewahrt werden.

Seine Verbindlichkeit gegen den Berechtigten ist aber keine obligatorische, da sie nicht aus persönlichen Rechtsbeziehungen, aus einem Schuldverband (Obligation) hervorgeht. Sie stammt vielmehr aus dem Nebeneinanderbestehen von Herrschaftsansprüchen an dieselbe Sache, wie unten erörtert werden soll.

Was das Kapital betrifft, so ist der Besitzer verpflichtet, zur Zeit der Fälligkeit dasselbe aus dem Werthe des Grundstückes zu entnehmen und dem Berechtigten zu zahlen. Er entnimmt das Kapital aus dem Grundstück, indem er dasselbe verwerthet, sei es durch den Fruchtgenuß, sei es durch Verpachtung, sei es durch Bestellung von dinglichen Rechten, wozu auch die Bestellung des Werthantheilsrechtes für einen Dritten gehört, sei es durch theilweise oder gänzliche Veräußerung des Grundstückes. Zahlt der Besitzer das Kapital, ohne das Werthantheilsrecht einem Dritten abzutreten, oder dem Grundstück eine neue Last aufzulegen, so bringt er dadurch den Werthantheil an sich.

Das Grundstück wird befreit von der Last, es wird für den Besitzer werthvoller. Der Besitzer haftet überhaupt also für das Kapital nach Kräften des Grundstückes.

Die Zahlung des Kapitals durch den Besitzer ist der regelmäßige Gang der Dinge. Zahlt er nicht, so kann er nicht gezwungen werden, das Kapital auf die vorbeschriebene Art zu beschaffen. Die Beschaffung ist nur die Voraussetzung, unter welcher er in seinem Besitz geschützt wird. Nur soweit er den Willen hat, den Besitz auszuüben, ist er zur Zahlung verpflichtet; sobald er bereit ist, den Besitz aufzugeben, fällt die Verpflichtung weg. Sie ist eine durch den Besitzwillen bedingte.

Dem Werthantheilsberechtigten bleibt dann nur übrig, sich unmittelbar an das Grundstück zu halten. Wenn nicht noch andere Interessen in Betracht kämen, so würde er berechtigt sein, durch Nutzung oder Auflegung von Lasten oder Veräußerung sich seinen Werthantheil zu beschaffen. Aber er ist nicht der allein Berechtigte. Es sind vielleicht noch andere Gläubiger oder sonstige dinglich Berechtigte vorhanden. Der Eigenthümer selbst hat Anspruch auf den Werth des Grundstückes, so weit derselbe nicht durch die dinglichen Rechte aufgezehrt wird. Die Verwerthung des Grundstückes zum Zweck der Auszahlung des Werthantheiles könnte nur gemeinschaftlich durch alle Berechtigte erfolgen. Dies ist eine mögliche Art der Abwickelung des Geschäftes. Die erforderliche Uebereinstimmung aller Betheiligten aber wird schwerlich zu erlangen sein. Es bleibt dann nur übrig, daß der Antheilsberechtigte den Richter angeht, das Geschäft zu besorgen. Derselbe vertritt nun nicht bloß den Antheilsberechtigten, sondern auch den Eigenthümer und die übrigen dinglich Berechtigten. Sie alle haben, soweit ihre Rechte beim Verkauf nicht bestehen bleiben, ein Anrecht an den Werth, welchen das Grundstück darstellt. Sie alle sind demnach als die Verkäufer anzusehen. Sie alle werden Eigenthümer des Erlöses, mit der Maßgabe, daß sie daran nach dem Range ihrer dinglichen Rechte theilhaben. Der meist Bevorrechtigte wird daher Eigenthümer des zuerst zur Hebung gelangenden Antheiles und so fort. Ist der Erlös größer als zur Befriedigung der dinglich Berechtigten erforderlich ist, so ist der Ueberrest Eigenthum des bisherigen Eigenthümers der Sache. Alle Betheiligten haben dem Käufer auch die Gewähr zu leisten, jedoch nur so weit sie interessirt sind. Also falls auch der Eigenthümer einen Antheil am Erlöse hat, zunächst dieser; sonst die

befriedigten dinglichen Berechtigten insoweit, als ihr Gewinn durch die Gewährleistung geschmälert wird.

Was die Zinsen betrifft, so ist der Besitzer verpflichtet, den Betrag in gleicher Weise aus dem Grundstück zu entnehmen. Das Zinsrecht lastet nicht bloß auf den Erträgnissen, sondern auch auf dem Grundstück selbst. Die Zinsen sind zu entrichten, weil das Grundstück als Werthsache die Eigenschaft hat, Nutzen zu bringen. Es kommt nicht darauf an, ob es in dem betreffenden Jahre Nutzen gebracht hat, und ob soviel Nutzen, daß nach Befriedigung der bevorzugten Gläubiger etwas übrig bleibt. Ferner kommt es nicht darauf an, ob der Zinsanspruch aus der Besitzzeit des augenblicklichen Besitzers stammt oder nicht. Der jeweilige Besitzer ist vielmehr zur Entrichtung aller rückständigen Zinsen nach Kräften des Grundstückes verbunden.

Der Besitzer bringt, indem er das Grundstück nutzt, den Nutzen in sein sonstiges Vermögen. Er hat alsdann den Gewinn aus dem Grundstück nicht mehr als Besitzer des Grundstückes. Er hat sich bereichert durch die Nutzung. Da nun auf der Nutzbarkeit des Grundstückes beruht, daß der Werthantheilsberechtigte Zinsen zu beanspruchen hat, so ist der Besitzer verpflichtet, ihm für die in seine Besitzzeit fallenden Zinsen aus seinem ganzen Vermögen aufzukommen.

Der Gläubiger hat demnach, wenn der Besitz wechselt, zwei Verpflichtete zur Zahlung rückständiger Zinsen, erstens den gegenwärtigen Besitzer, welcher dafür aufkommen muß nach Kräften des Grundstückes, und zweitens den Besitzer aus der Zeit der ausgebliebenen Verzinsung, welcher mit seinem ganzen Vermögen haftet.

Das Werthantheilsrecht ist also ein dingliches Recht, ein Recht der Herrschaft über eine fremde Sache, bestehend in der Aneignung eines Theiles ihres Werthes nach Ablauf einer gewissen Zeit und des Nutzungsbetrages dieses Werthes bis zu der Zeit. Das Recht wird geltend gemacht durch Anspruch an den jedesmaligen Besitzer wegen Kapitals und aller rückständigen Zinsen bis zur Höhe des Werthes des Grundstückes und durch unbeschränkten Anspruch an den früheren oder gegenwärtigen Besitzer wegen der Zinsen aus ihren Besitzzeiten. Beide Ansprüche sind dingliche, da sie ihren Grund haben in dem Recht an der fremden Sache und sich richten gegen den Besitzer, sei es der gegenwärtige oder der frühere. So sind auch die Klagen, welche gegeben werden, wenn den Ansprüchen nicht genügt wird, dingliche.

## III. Unterschied der Sachenrechte von den Obligationen.

Rechte an Sachen und Obligationen unterscheiden sich dadurch, daß erstere die Herrschaft über Sachen als Gegenstände des Vermögens, letztere die Herrschaft über Handlungen von Personen als Gegenstände des Vermögens zum Inhalt haben. Aus beiderlei Rechten entspringen Ansprüche und im Fall ihrer Nichtgenügung Klagen. Ansprüche und Klagen richten sich immer gegen Personen. Sie sind insofern alle persönlich; und es sind die entsprechenden Verbindlichkeiten alle persönlich, insofern sie Handlungen, Thun oder Unterlassen zum Gegenstande haben.

Diese Sätze widersprechen den herrschenden Ansichten. Danach werden die Vermögensrechte, abgesehen vom Erbrecht, geschieden in Rechte an Sachen und in Forderungen. Die Gerechtigkeiten werden gewöhnlich mit den Sachenrechten unter dem gemeinschaftlichen Namen der dinglichen Rechte zusammengefaßt. Die Sachenrechte sollen bestehen lediglich in der unmittelbaren Herrschaft über die Sachen; sie sollen Ansprüche an bestimmte Personen nicht zulassen, sondern gegen Jedermann gleich wirksam sein, in der Art, daß ein Jeder die Ausübung der Rechte dulden muß, eine Klage also nur gegen den gegeben ist, der sich der Ausübung widersetzt. Diese Theorie ist nicht durchführbar bei den deutschrechtlichen Sachenrechten, bei den Reallasten und den Werthantheilen. Hier muß die Frage zum Austrag kommen. Man gestatte daher eine Darlegung des Unterschiedes der Vermögensrechte.

Gegenstände des Vermögens sind Sachen und Handlungen (Koch, Lehrbuch des preußischen Privatrechts §. 99 III.). Die Rechte der Herrschaft über Sachen sind die Rechte an Sachen. Die Rechte der Herrschaft über Handlungen sind die sogenannten persönlichen Vermögensrechte oder Rechte auf Handlungen (Windscheid. §. 41). Den ersteren stehen Sachen, den letzteren Personen unmittelbar gegenüber. Die Rechte auf Handlungen sind zweierlei Art, je nachdem die Herrschaft eine positive oder negative ist. Die Rechte der positiven Herrschaft über Handlungen sind die Schuldverbände, Obligationen im weiteren Sinne als Bezeichnung des Gesammtrechtsverhältnisses, von welchem Forderungsrecht und Verpflichtung die beiden Seiten sind (Windscheid, Pandekten §. 251 a.). Es sind Rechtsverhältnisse zwischen bestimmten Personen, vermöge deren eine der an-

dern unmittelbar zu vermögenswerthigen Leistungen verbunden ist. Die Rechte der negativen Herrschaft über Handlungen sind die Gerechtigkeiten, vermöge deren der Berechtigte zu seinem Vortheil Andere innerhalb eines gewissen Kreises von vermögenswerthigen Handlungen auszuschließen vermag; also Zwangs- und Bannrechte, Gewerbe- und Patentberechtigungen, Urheberrechte an Schrift- und Kunstwerken. Das Erbrecht sodann enthält die Vorschriften, welche den Uebergang des Vermögens eines Verstorbenen auf andere Personen regeln.

Die Vermögensrechte zerfallen hiernach in Sachenrechte, Schuldverbände, Gerechtigkeiten, Erbrechte. Aus allen diesen Rechtsverhältnissen entstehen Ansprüche, deren Inhalt mannigfach übereinkommt. Nicht bloß aus dem Sachenrecht entspringen Ansprüche auf Hergabe von Sachen oder auf Unterlassung der Ausübung einer Herrschaft über Sachen. Nicht bloß aus dem Obligationenrecht entspringen Ansprüche auf Leistung von Handlungen. Die Unterscheidung liegt nicht in dem Inhalt der Ansprüche, sondern in ihrem Grunde.

Die Lehre vom Sachenrecht zählt eine Fülle von Ansprüchen an Personen auf Leistungen auf. Nach der herrschenden Meinung haben dagegen die Sachenrechte ihre Richtung nicht gegen eine bestimmte Person, sondern gegen Alle. Auch derjenige, welchem an einer Sache ein dingliches Recht zusteht, braucht danach nur die Ausübung der anderen dinglichen Rechte an derselben Sache zu dulden. Der Eigenthümer muß leiden, daß der Servitutberechtigte die Servitut ausübt, daß der Pfandgläubiger die Sache veräußert. Der Besitzer braucht dem vindicirenden Eigenthümer nur kein Hinderniß in den Weg zu legen. Und es ist zuzugeben, daß dies mit der Theorie der römischen Juristen übereinstimmt.

Windscheid geht weiter, indem er annimmt, daß dingliche Rechte eine Richtung auf bestimmte Personen annehmen, sobald diese sich mit ihnen in Widerspruch setzen. Der Anspruch gegen sie gehe dann auf Anerkennung des dinglichen Rechtes und Wiederherstellung seiner Ausübung. Windscheid giebt zu, daß in solchem Falle der Anspruch eine bestimmte Person in gleicher Weise ergreift, wie der Anspruch aus einem Forderungsrechte eine bestimmte Person von vorn herein ergriffen hat (Lehrbuch §. 43).

Bestimmten Personen tritt der dinglich Berechtigte mit Ansprüchen auf positive Leistungen aber auch ohne Verletzung in Fällen gegenüber, wo mehrere Personen dingliche Rechte an derselben Sache haben, schon

nach römischem Recht. Der Eigenthümer hat an den Emphyteuta, auch wenn dieser nicht der ursprüngliche Erwerber der Emphyteusis ist, den Anspruch auf jährliche Abgaben und auf ein Laudemium beim Verkauf; ebenso an den Superficiar. Der Nießbraucher muß die Sache in gutem Stande erhalten und die Lasten tragen und sogar hierfür, wie für die ordnungsmäßige Ausübung seines Rechtes und für Rückgabe der Sache nach beendigtem Nießbrauch Kaution bestellen. Der Eigenthümer muß bei der servitus oneris ferendi die tragende Mauer in Stand halten. Nach preußischem Recht muß bei allen Felddienstbarkeiten der Eigenthümer, wenn dieselben durch lästigen Vertrag entstanden sind, das Grundstück in dem Stande erhalten, daß der Berechtigte seine Befugniß darauf ausüben kann; und auch außer diesem Fall muß er zu dieser Instandhaltung einen verhältnißmäßigen Beitrag leisten, wenn er sich der Sache gleich dem Berechtigten bedienen will. §§. 35, 36 I. 22 A. L.-R.

Wenn nach der herrschenden Meinung Jedermann die Ausübung dinglicher Rechte nur zu dulden braucht, dann ist es unerklärlich, daß der Besitzer dem Vindicanten die Sache restituiren, das heißt ihn zum Besitzer machen muß, und daß er die Früchte herauszugeben hat. L. 22 D. de verb. sign. (50, 16). Plus est in restitutione, quam in exhibitione; nam exhibere est, praesentiam corporis praebere, restituere est etiam possessionem facere, fructusque reddere. Pleraque praeterea restitutionis verbo continentur. Die Rückgabe der Sache durch den Verklagten ist also eine Handlung. Er muß die Sache auch bewahren bis zur Rückgabe, z. B. Thiere, daß sie nicht entweichen. Es wäre ferner unerklärlich, daß der Eigenthümer von dem, welcher sich des Besitzes böswillig entäußert hat, den Werth erstattet verlangen kann lediglich mittelst rei vindicatio. Hat der unberechtigte Besitzer die Sache mit einer andern verbunden, so muß er sie trennen. Die Trennung wird mit der actio ad exhibendum erzwungen. Aber diese Klage ruht auf demselben Grunde, wie die Vindication. Aus einem Schuldverbande geht sie nicht hervor. Sie ist eine dingliche Klage, soweit sie die Vorbereitung der rei vindicatio ist, und letztere müßte sie mitumfassen, wenn die römischen Juristen den Begriff der dinglichen Rechte nicht in der angegebenen Weise beschränkt hätten. Diese Beschränkung nöthigte sie, eine besondere Klage aufzustellen. L. 1 D. (ad exh. 10, 4.) Haec actio (ad exhibendum) — maxime propter vindicationes inducta est.

Windscheid giebt dem Eigenthümer einen Anspruch gegen den, welcher sich mit dem Eigenthumswillen in thatsächlichen Widerspruch setzt auf Wiederaufhebung der dadurch dem Eigenthumsrechte zugefügten Verletzung. Eine solche Verletzung nimmt er an, nicht bloß wenn Jemand absichtlich das Recht kränkt, z. B. dem Eigenthümer die Sache wegnimmt, sondern sobald durch ihn der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten ein dem Rechte nicht entsprechender ist, z. B. wenn der redliche Erwerber die Sache besitzt, welche der Eigenthümer beansprucht (Lehrbuch §. 122). In diesem Beispiel hat der Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache und auf die damit zusammenhängenden Leistungen (daselbst Note 3). Der von Windscheid aufgestellte Grundsatz bedarf nur einer Fortentwickelung, um für den Anspruch des Reallast- oder Werthantheilsberechtigten eine Grundlage zu gewinnen. Hat Jemand von einem Grundstück eine Rente oder einen Werthantheil zu beanspruchen, und der zeitige Besitzer zahlt nicht, so setzt er sich mit jenem Recht in Widerspruch. Der Berechtigte hat dann an den Besitzer einen Anspruch auf Beseitigung der Verletzung, also auf Zahlung nach Kräften des Grundstückes beziehungsweise aus dessen ganzem Vermögen. Dies ist dasselbe, als wenn der Berechtigte unmittelbar solchen Anspruch an den Besitzer hat.

Es kann nun nicht zugegeben werden, daß die Rechte an Sachen gegen Jedermann gleich gerichtet seien. Dies ist nur in dem Sinne wahr, in welchem jedes Recht sich des Rechtsschutzes erfreut. Allerdings sie haben zum Inhalt die Herrschaft über Sachen; den Berechtigten stehen unmittelbar nur Sachen gegenüber. Eine Beziehung auf Personen tritt jedoch ein, wenn die Herrschaft Mehrerer zusammentrifft, entweder direct dadurch, daß die Herrschaft sich auf dieselbe Sache bezieht, oder indirect, indem die Herrschaft über eine Sache nicht vollständig ausgeübt werden kann, ohne in die Herrschaft über andere Sachen einzugreifen, z. B. in den Besitz von Nachbargrundstücken. Wenn Mehreren das Miteigenthum an einer Sache oder verschiedenartige dingliche Rechte an derselben Sache zustehen, oder wenn die Besitzthümer Mehrerer benachbart sind, so bilden sich Beziehungen unter den Berechtigten, aus welchen Ansprüche auf Handlungen, Thun oder Dulden, entstehen können. Die Konkurrenz der Rechte schafft also die Beziehungen. Aber nicht bloß das Zusammentreffen der Rechte, auch das der Ausübung einer Herrschaft, abgesehen von der Berechtigung, schafft die Beziehungen. Die daraus hervorgehenden

Ansprüche haben dann nicht bloß Handlungen, sondern können auch die Anerkennung der behaupteten Rechte zum Inhalt haben. Werden die Rechte gegenseitig anerkannt, so können Ansprüche vorhanden sein auch ohne eine Rechtsverletzung; werden sie nicht anerkannt, so ist die behauptete Rechtsverletzung der nächste Grund des Anspruchs. Im ersteren Fall stehen sich die Betheiligten seit Entstehung ihrer Rechte einander gegenüber; im letzteren Fall, vorausgesetzt, daß das behauptete Recht nicht existirt, erst seit der Rechtsverletzung. Ohne das Nebeneinanderstehen der Ausübungen von Herrschaftsrechten über Sachen oder des Anspruches darauf, kommt es überhaupt nicht zu rechtlichen Beziehungen unter Personen betreffs der Herrschaftsausübung, und dann ist das Recht etwas Gleichgültiges. Ein Jeder hat es nur mit seinem Besitz zu thun, nur das Thatsächliche kommt in Betracht. Rechte aber sind nur vorhanden für Beziehungen unter Personen (Windscheid, Lehrbuch §. 38). Die Lehre vom Sachenrecht enthält also die Regeln über diejenigen Beziehungen unter Personen, welche sich aus dem Nebeneinanderbestehen ihrer Herrschaftsansprüche über Sachen ergeben. Den Berechtigten stehen Diejenigen gegenüber, welche Herrschaftsansprüche an die denselben irgendwie unterworfenen Sachen machen. Das System des Sachenrechts hat hiernach darzustellen: 1. die Entstehung der Rechte an Sachen, 2. ihren Inhalt, 3. die Ansprüche aus den Rechten, 4. den Schutz der Rechte (durch Eintragung in Grundbücher und durch Klagen), 5. die Endigung der Rechte.

Stellen wir dem Sachenrecht das Obligationenrecht gegenüber, so enthält letzteres die Regeln über die Beziehungen unter Personen aus Schuldverbänden. Das System hat darzustellen 1. die Entstehung der Schuldverbände, 2. ihren Inhalt, 3. die Ansprüche aus den Schuldverbänden, 4. den Schutz der Ansprüche (durch Klagen, Konkurs), 5. die Endigung der Schuldverbände.

Die Entstehungsgründe der Schuldverbände sind der Regel nach Willenseinigungen, also Verträge; außerdem Thatsachen, welche eine so große objective moralische Verbindlichkeit begründen, daß das Gesetz sie zu einer Schuld erhebt. Das Gesetz ergänzt den mangelnden Willen Desjenigen, von welchem es annimmt, daß er wollen soll. Jene Verbindlichkeiten sind hauptsächlich die des Beschädigers auf Ersatz, des ohne Ursache Bereicherten auf Rückgabe, des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsbesorger auf Schadloshaltung, der Verwandten und

der Armenverbände auf Unterstützung. Die Moral ist der entferntere Grund auch für die Verbindlichkeit der Vertragserfüllung. (Wir können hier nur flüchtige Andeutungen geben ohne den Anspruch, zu überzeugen. Die Rechtsbeziehungen aus dem gemeinschaftlichen Eigenthum stellen wir nach obigen Erörterungen in das Sachenrecht.)

Der Inhalt der Schuldverbände ergiebt sich aus der verschiedenen Art ihrer Begründung. Diese erzeugt Rechtsbeziehungen unter den Betheiligten, vermöge deren sie einander zu den Leistungen verpflichtet sind, welche sich aus den getroffenen Festsetzungen und aus der Natur des Geschäftes ergeben.

Aus den Schuldverbänden entstehen Ansprüche und im Fall ausbleibender Befriedigung Klagen. Die Ansprüche sind von dem Inhalt der Schuldverbände wohl zu unterscheiden. Während der Inhalt das beiderseitige Verhältniß angiebt, sind die Ansprüche einseitig; während jener stets das ganze Verhältniß umfaßt, enthalten die Ansprüche die einzelnen, nach Maßgabe der Entwickelung des Schuldverbandes sich ergebenden Anforderungen.

In den seltensten Fällen sind die Verpflichtungen von Anfang an völlig bestimmt. Sie treten hervor mit der Entwickelung, die der Schuldverband nimmt, sei es durch die inzwischen vollzogenen Leistungen, sei es durch Geltendmachung einseitig vorbehaltener Erklärungen, sei es durch Ablauf von Zeit oder durch Eintritt von Bedingungen, sei es durch Verletzung, sei es durch Veränderung der Umstände oder durch Zufall, sei es durch Uebergang auf andere Personen.

Bei einfachen Verhältnissen kann der Inhalt der Obligation vollständig den entstehenden Anspruch ausdrücken. Ist ein Darlehn lediglich gegen das Versprechen der Rückgabe an einem bestimmten Tage hingegeben, so bildet der Inhalt dieses Versprechens den Inhalt des Anspruches. Ist das Darlehn ohne Abmachung eines Zahlungstages gegeben, so ist der Anspruch auf die Rückgabe nicht schon durch den Inhalt der Obligation bestimmt. Es muß Kündigung eintreten, und erst hiermit entsteht der Anspruch. Werden nachträglich Zinsen versprochen, so ändert sich dadurch der Inhalt der Obligation. Die Zinsenansprüche entstehen dann mit dem Ablauf der Zeit. Ansprüche aus dem Darlehn stehen aber nicht bloß dem Gläubiger zu. Auch der Schuldner hat einen Anspruch auf Lösung des Verbandes. Der Gläubiger muß sich auch seine Kündigung gefallen lassen, und der Schuldner hat einen Anspruch auf Rücknahme des Darlehns nach Ablauf der Kündi-

gungsfrist. Ebenso hat er einen Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins und Ausstellung einer Quittung.

Der Unterschied zwischen dem Inhalt der Obligation und den daraus entspringenden Ansprüchen tritt besonders deutlich bei den Obligationen hervor, in welchen die Art der versprochenen Thätigkeit von Wahl und Einsicht, von einem gewissen Belieben des Verpflichteten abhängt, wie beim Auftrag und der Erwerbsgenossenschaft. Der Inhalt dieser Obligationen ist oft sehr allgemeiner Natur, so daß man von bestimmten einseitigen Forderungen nicht sprechen kann. Mit dem Fortschreiten der Entwickelung der Obligation durch die angewendete Thätigkeit der Betheiligten ergeben sich dagegen bestimmte Ansprüche derselben gegen einander.

Diejenigen Ansprüche, welche nicht schon mit Begründung des Schuldverbandes genügend bestimmt sind, bedürfen der Festsetzung, z. B. bei der Erwerbsgenossenschaft der Betrag der jährlichen Gewinnantheile oder der Zuschüsse, der Betrag der Antheile im Fall der Auflösung; bei dem Auftragsgeschäft der Betrag der herauszugebenden Einnahmen und des Honorars, bei feststehender Alimentationspflicht von Verwandten die Höhe der jedesmal zu gewährenden Unterstützung, bei Fehlerhaftigkeit des Kaufgegenstandes der Minderwerth. Wenn die Betheiligten sich nicht einigen können, so muß darüber durch Erkenntniß entschieden werden. Die Regel aber ist die Feststellung des Anspruches durch Uebereinkommen. Dies ist die Bedeutung des Anerkenntnisses im besonderen Sinne. Das Anerkenntniß kann auch andern Inhalt haben, z. B. die Bekundung zweifelhaft gewordener Vertragsbestimmungen oder sonstiger Rechtsverhältnisse. Im engern Sinne aber ist es die Feststellung der Ansprüche aus Schuldverbänden unter den Betheiligten. Das Anerkenntniß dieser Art ist von jenem, dem Anerkenntniß des Inhaltes der Obligation, wesentlich verschieden. Jenes ist die Wiederholung oder Ergänzung des die Obligation begründenden Vertrages oder die Feststellung des anderweitigen Grundes oder Inhaltes einer Obligation und unterliegt den Regeln über die Voraussetzungen obligatorischer Verträge. Das Anerkenntniß im besondern Sinne aber ist ein Verwaltungsact. Es gehört zum Inhalt einer Obligation, daß die Betheiligten sich fort und fort über die erwachsenden Ansprüche zu verständigen haben. Diese Verständigung ist auch ein Vertrag, aber nicht ein die Obligation begründender, kein obligatorischer. Sie unterscheidet sich auf der andern Seite von dem

bloßen Zugeständniß von Thatsachen, welches nur als Beweismittel dient. —

Die Lehre von der Anerkennung hat, wie es scheint, besonders deshalb Schwierigkeit gemacht, weil man die Gegenstände des Anerkenntnisses nicht gehörig unterschied. Handelt es sich nicht um eine Verständigung, also um einen Vertrag, sondern um die Einräumung einer Thatsache, deren Richtigkeit von dem Gegner verwerthet wird, so ist das ein Zugeständniß, welches als Beweis dient, welches jedoch durch den Nachweis des Irrthums entkräftet werden kann. Handelt es sich aber um eine Verständigung, so ist zu unterscheiden, ob das Anerkenntniß sich auf den obligatorischen Vertrag bezieht, oder auf Ansprüche aus einer Obligation. Im ersteren Fall muß es die Erfordernisse des anzuerkennenden Vertrages selbst besitzen, formell und materiell. Im letzteren Fall stellt es die aus der schon vorhandenen und feststehenden Obligation entstandenen Rechtsbeziehungen fest. Es kann sich beschränken auf die dafür erheblichen Thatsachen, z. B. auf Feststellung der vollzogenen Leistungen, die Zahl, den Umfang und die Ordnungsmäßigkeit der übergebenen Gegenstände oder Arbeiten. Es kann weitergehend feststellen, wie viel dafür zu entrichten oder was noch zu leisten ist, z. B. durch Feststellung der Angemessenheit von Preissätzen oder des Werthes einer Entschädigung. Hierher gehört die Anerkennung eines Saldo's bei fortlaufendem Geschäftsverkehr, selbst die stillschweigende durch Fortsetzung des Contocorrentverkehres. Artikel 291 des Handelsgesetzbuches. Erk. des Reichsoberhandelsgerichtes vom 14. März und vom 25. November 1871 (Entscheid. Band II. S. 116 und Bd. IV. S. 73). Das Anerkenntniß kann endlich feststellen, daß ein Rechtsverhältniß beendigt sei. L. 35. D. de pactis 2, 14. — instrumentis interpositis, quibus divisisse maternam hereditatem dixerunt, nihilque sibi commune remansisse caverunt. In allen diesen Fällen nahm die herrschende Theorie bis vor Kurzem an, daß das Anerkenntniß nur ein Beweismittel sei, welches durch Gegenbeweis entkräftet werden könne, und daß der Anspruch der Substantiirung aus den zu Grunde liegenden Verhältnissen bedürfe. Die Praxis hat dagegen schon länger die Begründung des Anspruches auf das Anerkenntniß für genügend gehalten, und von hier aus ist versucht, die entsprechende Theorie zu begründen. Erk. des Obertrib. v. 25. 4. 1861 (Striethorst, Arch. Bd. 41. S. 199). Vgl. Windscheid §. 412. Das Anerkenntniß setzt eine bestehende Obligation voraus.

Der Rechtsgrund seiner Gültigkeit ist die Vertragsfreiheit, die Befugniß der Betheiligten, ihre Verbindlichkeiten untereinder festzustellen ohne Mitwirkung des Richters. Zur Substantiirung der Klage gehört nur der Nachweis der bestehenden Obligation, des geschehenen Anerkenntnisses und dessen Beziehung auf sie. Als Einwand ist nicht der Beweis der Unrichtigkeit des Zugestandenen zulässig, sondern nur die Anfechtung. Ein Schuldschein ist klagbar, wenn er obige Substantiirung enthält, also Bezeichnung des Rechtsgeschäftes, der Summe, des Gläubigers, Ort und Zeit, Unterschrift des Schuldners.

Es bedarf nicht der Ausführung, daß vorstehende Sätze nicht bloß für das Gebiet des Obligationenrechtes Geltung haben.

Denselben Weg, den bei uns die Praxis genommen, hat das prätorische Recht durch Zulassung der Klage aus einem Konstitutum eingeschlagen. Das Konstitutum ist nicht die wiederholte Begründung oder eine Bestärkung, enthält auch nicht die Klagbarmachung einer Obligation. Es geht nicht auf die Erfüllung einer Obligation im Allgemeinen. Es setzt das Bestehen der Obligation voraus und geht auf Leistung eines bestimmten Gegenstandes, ursprünglich nur einer Summe Geldes oder vertretbarer Sachen. L. 2. Cod. de const. pec. 4. 18. Das Konstitutum vermag nicht, eine erhöhte Verbindlichkeit zu schaffen. L. 11. §. 1. eod. Aber es stellt die Schuld fest bis zum Gegenbeweis. Es kann die Modalitäten der Leistung, den Ort und die Zeit bestimmen, auch die Erfüllung einer Leistung statt einer andern. L. 4. L. 5. pr. L. 1. §. 5. eod. Auch ist zulässig, daß ein Dritter die Leistung giltig verspricht, wobei hinzuzudenken, auf Anweisung des Schuldners; ferner, daß sie einem Dritten versprochen wird, wobei hinzuzudenken, auf Anweisung oder mit Genehmigung des Gläubigers. L. 5. §. 2. eod. Das Konstitutum erreicht damit zugleich den Uebergang einer Forderung auf einen Dritten; nicht juristisch so daß dieser in die Obligation als Gläubiger eintritt, aber ökonomisch, indem er die Leistung aus einer fremden Obligation einklagen kann. Es erreicht ferner den Zweck der Bürgschaft, beziehungsweise der Schuldübernahme, nicht juristisch, indem der Dritte als Schuldner in die fremde Obligation eintritt, aber thatsächlich durch seine Verbindlichmachung zur Erfüllung einer Leistung. Der unmittelbare Zweck des Konstitutum ist jedoch lediglich die Feststellung von Ansprüchen aus Obligationen — oder auch aus anderen Rechtsverhältnissen.

Was die Aufhebung der Schuldverbände betrifft, so ist dieselbe

zu unterscheiden von der Erfüllung der aus ihnen entspringenden Ansprüche. Die Regeln für diese Erfüllung fallen mit den Regeln über die Erfüllung der Ansprüche aus den übrigen Gebieten des Vermögensrechtes zusammen. Wenn eine Zahlung zu leisten ist, so ist es hinsichtlich der Erfüllung dieser Verbindlichkeit gleichgültig, ob derselben ein dingliches oder persönliches Rechtsverhältniß oder ein Erbrecht zu Grunde lag. Zahlung, Angabe an Zahlungsstatt, gerichtliche Hinterlegung, Gegenrechnung, Erlaß sind Arten der Erfüllung für Zahlungsverbindlichkeiten aus irgend welchem Grunde. Anders verhält es sich mit der Aufhebung der Obligation. Wie für die Begründung derselben der Vertrag in erster Linie steht, so ist, sei es vor oder nach Erfüllung der daraus entspringenden Ansprüche, die beiderseitige Einwilligung, also wieder der Vertrag wenigstens die unzweideutigste Art der Aufhebung. Die übrigen Arten der Aufhebung würden eine zu eingehende Untersuchung nöthig machen, um sie hier zu erörtern.

Die Darstellung des Obligationenrechtes, wie sie sich in den Lehrbüchern findet, ist eine von der vorgetragenen wesentlich verschiedene. Anstatt objektiv die Obligationen oder Schuldverbände, wie wir sie nennen, vorzutragen, werden subjektiv die Ansprüche daraus, welche man Forderungen benennt, dargestellt. Es hat dies zunächst eine Unklarheit für das System des Obligationenrechtes zur Folge. Man wolle nur beachten, wie verschieden das System aufgebaut wird, und wie verschiedene Dinge man als den Gegenstand, als den Inhalt, als die Ausübung und als Arten der Aufhebung der Obligationen bezeichnet. Sodann faßt man den Begriff der Forderungen viel zu weit. Verleitet durch die Theorie der römischen Juristen von den dinglichen Rechten ist man geneigt, alle Ansprüche einer Person an die andere als Ausflüsse von Obligationen anzusehen. Man bezeichnet als solche z. B. die Ansprüche aus dem gemeinschaftlichen Eigenthum, den Anspruch auf Bestellung einer nothwendigen Servitut, die Ansprüche aus Reallasten, den Anspruch auf Erbtheilung, auf Herausgabe eines Vermächtnisses (Förster, Privatrecht §. 155). Man kommt auf diesem Wege folgerecht dazu, sämmtliche Gebiete des Vermögensrechtes als Grundlage von Obligationen anzusehen. Denn aus allen entstehen Ansprüche, und erst durch die Erhebung solcher Ansprüche kommen die Rechte für die Rechtsprechung zur Geltung.

Wir haben hier vorausgesetzt, daß mit dem Ausdruck Forderung jeder Anspruch aus einer Obligation zu bezeichnen sei. Technisch pflegt

der Ausdruck so gebraucht zu werden. Allein Windscheid bemerkt mit Recht, das man unter Forderung gemeiniglich nur den Anspruch auf eine Zahlung verstehe (Windscheid §. 251 a.). Hinzuzufügen ist, daß man darunter den Anspruch auf eine Zahlung nicht bloß aus Obligationen, sondern aus allen Rechtsgründen versteht. Sonach ist der Ausdruck Forderung als Bezeichnung eines Anspruches aus Obligationen nicht zu verwerthen, und es ist ein besonderer Ausdruck dafür überhaupt entbehrlich. Im Gegentheil, es ist gerechtfertigt, den Ausdruck Forderung in der Wissenschaft ebenso wie im Leben zu gebrauchen, und darunter jedweden Anspruch auf eine Zahlung oder auch auf Lieferung vertretbarer Sachen zu verstehen. Daher ist es nicht bloß zulässig, sondern völlig sachgemäß, den Anspruch des Werthantheilsberechtigten „Forderung", ihn selbst „Gläubiger", den Besitzer des belasteten Grundstückes „Schuldner" zu nennen. Durchaus ungerechtfertigt ist es aber nach unserer Darlegung, von „Realobligationen" zu sprechen. Auch gegen den Ausdruck „Grundschulden" müssen wir uns erklären. Abgesehen davon, daß es nicht zutreffend ist, das Recht an einer fremden Sache nach Rücksicht der Belastung der Sache zu benennen, so ist es auch unrichtig, daß das Grundstück schulden könne. Wenn der, welchem ein Antheil an dem Werth eines Grundstückes zusteht, dies Recht geltend macht, so schuldet der Eigenthümer.

Wir müssen hier abbrechen, obgleich der Gegenstand nicht entfernt erschöpft ist. Die Erörterung über den Unterschied der dinglichen und obligatorischen Rechte sollte nur dienen, eine Erklärung des Werthantheilsrechtes zu entschuldigen, welche mit der herkömmlichen Auffassung der Sachenrechte nicht vereinbar ist.

---

# XI.

# Die Großjährigkeit als Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt.

## Ein Gesetzentwurf nebst Motiven.

Von Herrn Kreisgerichtsrath Hoffmann zu Stendal.

### Entwurf des Gesetzes
betreffend die Dauer der väterlichen Gewalt.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden König von Preußen, verordnen unter Zustimmung beider Häuser des Landtages der Monarchie für die Landestheile, in welchen das Allgemeine Landrecht Gesetzeskraft hat, einschließlich der Gebiete, in denen die drei ersten Titel des zweiten Theiles desselben suspendirt sind, was folgt:

Einziger Artikel.

Das Ende der väterlichen Gewalt tritt, sofern dafür ein früherer Zeitpunkt in den Gesetzen nicht bestimmt ist, mit der Großjährigkeit des Kindes oder mit seiner Großjährigkeitserklärung ein.

Die diesem Gesetze entgegenstehenden Bestimmungen werden aufgehoben, insbesondere der §. 90 des Anhanges, die §§. 165, 166, 210 bis 213, 226, 227, 230 Theil II. Titel 2 des Allgemeinen Landrechtes und die §§. 13 bis 15 Theil I. Titel 1 der Allgemeinen Gerichtsordnung.

Das gegenwärtige Gesetz tritt mit dem 1. Januar . . . in Kraft, bezieht sich aber nicht auf das Kindervermögen, an welchem dem Vater der gesetzliche Nießbrauch bereits zusteht.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Königlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, . . . . .

Wilhelm.

## Motive. *)

Funktion und Bestimmung der väterlichen Gewalt ist lediglich die Herbeiführung der Selbstständigkeit des Kindes, — Erziehung und Ausbildung, sowie damit verbunden Schutz und Vertretung. Während das Band der Liebe und der Pietät bleibt, hört die väterliche Gewalt auf, sobald das Kind wirthschaftlich selbstständig geworden ist. [1])

Es fließt dies nach der Anschauung höher entwickelter Kulturvölker aus der Natur des Verhältnisses, während die Innigkeit und die Strenge, welche miteinander verbunden das Stamm- und Familienleben des patriarchalischen Zeitalters aller Völker kennzeichnen, nicht selten die Kinder der Botmäßigkeit des Vaters bis zu seinem Tode unterstellen. Diese schroffe und strenge Gestaltung des Familienrechtes auch auf der höchsten Stufe der Entwickelung nicht vollständig beseitigt und namentlich den Satz festgehalten zu haben, daß das Ende der väterlichen Gewalt regelmäßig [2]) erst mit dem Tode des Vaters ein-

*) Die diesen Motiven beigegebenen Anmerkungen sollen dazu dienen, die Berathung zu erleichtern, würden aber nicht, oder nicht in der ursprünglichen Form, amtlichen Motiven beizugeben sein.

[1]) Trendelenburg (Naturrecht §. 138): „durch den einen Zweck, welcher sich in der väterlichen Pflicht des Schutzes und der Erziehung ausspricht, ist das Recht der väterlichen Gewalt bedingt und begrenzt. Wenn die Kinder ihre Selbstständigkeit erreichen, so daß Schutz und Erziehung ferner weder nöthig, noch möglich sind, — — — — so löst sich die väterliche Gewalt an diesem Ziele, auf das sie hingerichtet war." Morgenstern (Mensch, Volksleben und Staat §. 90.): „sobald die Descendenten bleibend das Haus der Ascendenten verlassen"; Fichte (Grundl. des Nat.-R. II §. 56. S. 242): „der einzige Grund der Herrschaft der Eltern über die Kinder ist das Bedürfniß der Erziehung. Fällt der Grund weg, so fällt das Begründete weg. Sobald die Erziehung geendigt ist, ist das Kind frei"; der Revisor (Pensum XV. S. 118): „der Grund der gesetzlichen Emancipation ist errungene Selbstständigkeit, nicht nur in Ansehung der Verstandesreife, sondern der Fähigkeit, sich zu ernähren"; Bruns (in Holtzendorffs Encyklopädie Theil 1. S. 356). „in dem Rechte der Erziehung liegt auch die entsprechende Gewalt über die Person der Kinder. — Die Erziehungsverhältnisse hören natürlich mit der Vollendung der Erziehung auf"; Höpfner (Kommentar §. 99.): „nach dem Naturrecht hört die elterliche Gewalt auf, sobald die Kinder keiner Erziehung mehr bedürfen".

Siehe außerdem Stahl, die Philosophie des Rechtes, Band II. §§. 80 bis 85.

[2]) Die Ausnahmen sind, abgesehen von der freiwilligen Entlassung, Nichtausübung der Gewalt (l. 1. C. 8. 47), gewisse Verbrechen des Vaters (l. 2. C. 8. 52; nov. cap. 1.; §§. 1 bis 3. J. I. 12.) und einige Aemter des Sohnes (l. ult. C. 12. 3.; §. 4. J. I. 12).

tritt, — ist eine Eigenthümlichkeit des römischen Rechtes [3]). Als dasselbe in Deutschland recipirt wurde, fand zwar die Lehre von der väterlichen Gewalt ebenfalls Eingang, nicht aber, ohne daß die auf heimischen Anschauungen beruhende Ansicht einigen Raum für sich behielt oder wieder gewann. Es wurden die Söhne, wenn sie einen eigenen Heerd gründeten, die Töchter durch Heirath von der väterlichen Gewalt befreit. Diese Befreiungsarten wurden, so groß war die Macht römisch-rechtlicher Ideen, nicht nur als stillschweigende oder gesetzliche Emancipation bezeichnet, sondern auch in den praktischen Folgen als solche behandelt. [4])

Kehrt man, vom positiven Recht vor der Hand absehend, zu dem Satze zurück, von dem der Ausgang genommen wurde, und sucht man das Motiv zu verwerthen, so bleibt der Zeitpunkt zu bestimmen, in dem das Kind selbstständig wird. Dieser Zeitpunkt ist verschieden, je nachdem das Individuum sich schneller oder langsamer entwickelt, der Beruf eine größere oder geringere Ausbildung, längere oder kürzere Ausbildungszeit erfordert. Der zwanzigjährige Dienstknecht ist selbstständig, der

[3]) l. 3. D. I. 16 (entnommen aus Gaj. I. §. 55.): „patria potestas jus proprium civium Romanorum est“. Siehe Bruns a. a. O. und Ihering, Geist des R. Rechts. Bd. 2. S. 170.

[4]) Siehe Puchta, Pand. §. 445. und namentlich die Citate bei Höpfner, Komm. §. 163. Die Sächsische Konstitution vom Jahre 1572, welche das erste Gesetz über die Selbstemancipation ist, lautet in dieser Beziehung: „da sich Kinder, so zu ihren mündigen Jahren kommen, von dem Vater mit Anstellung ihrer eignen Haushaltung und Nahrung scheiden, daß alsdann solches für eine Emancipation zu achten und derselben Wirkung haben soll, ungeachtet obgleich solche Emancipation anderer Gestalt und für Gericht nicht geschehen und fürgenommen würde.“

Die Unfähigkeit des vorigen Jahrhunderts, die Familie als organisches Verhältniß aufzufassen, lehrt jede Geschichte der Philosophie. Die Redaktoren des Landrechtes, unter denen jedoch auch hier wieder Suarez seine Collegen weit überragt, konnten sich auch bei Behandlung der väterlichen Gewalt von den Fesseln der engherzigsten scholastischen Auffassung und einer jetzt kaum begreiflichen Pedanterie nicht freimachen. Der erste christliche Entwurf sicherte dem Vater die Verwaltung des Kindervermögens bis zu seinem Tode, mochte sich der Sohn auch selbstständig ernähren und die Tochter verheirathet sein. Die väterliche Gewalt sollte, wenn sie nicht etwa von Amts wegen dem Vater zu entreißen wäre, nur durch ausdrückliche Emancipation aufhören. Man glaubte genug zu thun, wenn man den Kindern wegen verweigerter Emancipation rechtliches Gehör gäbe (Ges. Rev. Pensum XV. S. 112). Das praemium emancipationis hielt noch der gedruckte Entwurf fest. (Ges. Rev. Pensum XV. S. 136).

dreißigjährige unbesoldete Beamte, der vierzigjährige, im elterlichen Hause lebende Landwirth, der Subalternoffizier sind es nicht. Bei dem einzelnen Individuum ist die zeitliche Grenze der Selbstständigkeit kaum zu bestimmen. Sie tritt meist nach und nach ein, ist oft schon früh in einem gewissen Grade vorhanden, erlangt aber erst später denjenigen Grad, bei dem es möglich ist, eine Familie zu ernähren. Dies zeigt sich deutlich in den niederen Ständen, namentlich bei Fabrikarbeitern und Handwerkern, ist aber auch bei Subalternbeamten, Handlungsgehülfen und anderen Personen zutreffend. Kommt beispielsweise ein junger Mann mit kümmerlichem Lohne in das Geschäft eines Bankiers und steigt sein Gehalt allmälig bis er als Disponent 3000 Thaler jährlich verdient, so wird kaum ein Tag zu bestimmen sein, vor welchem er für unselbstständig, nach welchem er für selbstständig zu gelten hat. Wollte der Gesetzgeber für jede besondere Gestaltung solcher Verhältnisse eine Regel aufstellen, so würde der schöpferischen Kraft des Lebens gegenüber die größte Zahl der Rechtssätze doch unzureichend und die Anstrengung möglichster Voraussicht doch vergeblich sein.[5]) Der Gedanke, daß wirthschaftliche Selbstständigkeit die väterliche Gewalt aufhebt, kann aber doch nicht in seiner abstrakten Reinheit zum Gesetze erhoben werden, weil ein Gesetz, das einen solchen Satz aufstellte, seine Anwendung bis zum Aeußersten erschweren und die gleichmäßige Verwirklichung des Rechtes, welche die Gerechtigkeit fordert, hindern würde, — weil mithin der Gedanke theoretisch zwar richtig, für das Leben aber nicht unmittelbar brauchbar ist. So bleibt Nichts übrig, als im Interesse der Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung den ursprünglichen Gedanken weniger abstrakt und weniger richtig zu fassen[6]) und das Augenmerk darauf zu richten, daß, um mit Suarez zu reden, „die Zeichen der aufgehobenen väterlichen Gewalt fest, sicher und soviel als möglich in die Augen fallend bestimmt werden".

[5]) Hätte beispielsweise ein früherer Gesetzgeber den Handwerker, der die Meisterprüfung bestanden hat, für selbstständig und aus der väterlichen Gewalt geschieden erklärt, so wäre durch die neue Gewerbeordnung dieser Bestimmung die Voraussetzung ihrer Anwendung fast ganz entzogen.

[6]) Nach dieser Seite hin hat die vorliegende Frage die größte Aehnlichkeit mit der Bestimmung des Pubertätstermines und es ist von Interesse, das zu vergleichen, was Ihering (Geist des Römischen Rechtes, Theil I. S. 42 bis 47 und Theil II. S. 341 bis 349) über die formale Realisirbarkeit des Rechtes sagt.

Diese allgemeinen Betrachtungen sind, wie schon die citirte Aeußerung von Suarez zeigt, auch den Redaktoren der Preußischen Gesetzbücher nicht fremd geblieben und einige Bemerkungen von Suarez können füglich dem vorliegenden Gesetze als Motive dienen.

„Ich sehe", sagt er, „den Vortheil nicht, den es dem gemeinen „Besten bringen kann, wenn man die Dauer der väterlichen Ge„walt so sehr verlängert und die Kinder nöthigt, die Entlassung „davon durch einen Prozeß zu erstreiten. Daß der Konsens des „Vaters bei der Verheirathung auch großjähriger Kinder nothwen„dig sei, daß auch subl. patr. pot. Kinder den Eltern Respekt „leisten und in wichtigen Angelegenheiten ihren Rath einholen „müssen, daß sie parentem inopem zu ernähren schuldig sind, ge„nügt m. v., um dasjenige Band zwischen Eltern und Kindern „aufrecht zu erhalten, an dessen Befestigung dem Wohle der Fa„milien und des Staates gelegen ist." (Ges.-Rev. Pensum XV. Motive S. 113 und 114. Mat., Band IX. fol. 231.) „Ein „vierundzwanzigjähriger Mensch muß für fähig geachtet werden, „seine Handlungen selbst zu dirigiren und braucht nicht mehr den „ihm in der Regel lästigen, das Publikum aber in vielen Fällen „genirenden Kappzaum der väterlichen Gewalt". (Ges. Rev. a. a. O. S. 117, Mat. Band 88 fol. 108.) „Der Sicherheit des „Verkehres ist ausnehmend daran gelegen, daß die Zeichen der „aufgehobenen väterlichen Gewalt fest, sicher und soviel als mög„lich in die Augen fallend bestimmt werden." (Ges.-Rev. a. a. O. S. 126 und Mat. Bd. 83 fol. 184 v.)

Trotz alledem blieb das Landrecht auch hier im Wesentlichen das in eine bestimmte Form gegossene gemeine Recht seiner Zeit. Es sind und zwar lediglich für Söhne eine eigene von den Eltern abgesonderte Wirthschaft, öffentliches Amt und eigenes Gewerbe für Aufhebungsarten erklärt (§§. 210 bis 213 Theil II. Titel 2 des Allgem. Landrechtes).

Die Redaktoren waren dem richtigen Gedanken sehr nahe, vermochten aber nicht, ihn ganz zu erkennen und ihrer Ansicht die formale Realisirbarkeit zu geben. So haben denn die Bestimmungen des Landrechtes, weil ihr Inhalt der konkreten Erkennbarkeit entbehrt, eine Fülle von Zweifeln[7]) veranlaßt, wann ein eigenes Gewerbe, eine eigene abgeson

---

[7]) Siehe Gesetzrevision, Pensum XV. Motive S. 112 bis 125, die Ergänzungen zu den §§. 210 bis 213 Theil II. Titel 2 des Allgem. Landrechtes und Förster,

derte Wirthschaft und ein öffentliches Amt anzunehmen sind und wann nicht. Eine große Zahl von Reskripten und Obertribunalsentscheidungen müht sich ab, diese Zweifel zu lösen, aber die bunte Hülle und Fülle der Erscheinungsformen des Lebens, die unendliche Mannichfaltigkeit der Verhältnisse spottet dieser Mühe; die eine Entscheidung hebt die andere auf und ruft gleichzeitig neue Zweifel hervor.

Noch mehr als in diesen Zweifeln und Kontroversen zeigt sich das Unzureichende der landrechtlichen Vorschriften darin, daß als Regel die unbeschränkte Dauer der väterlichen Gewalt beibehalten ist. Großjährige Männer, die noch keinen eigenen Hausstand haben und kein eigenes Gewerbe treiben [8]), mögen sie bei den Eltern geblieben sein oder außer dem Hause leben, verheirathet sein [9]) oder nicht, sind noch in der Gewalt des Vaters und können ohne ihn, obwohl sie faktisch unabhängig in der Welt stehen, keine Verträge schließen und keine Prozesse führen. [10]) Giebt der Vater die Zustimmung, so entstehen Weiterungen und Kosten, schlimmer ist es aber, wenn er sie nicht geben will oder, weil er altersschwach oder krank ist, nicht geben kann. Und Fälle, in denen solche Mißstände [11]) hervortreten, sind nicht selten. Sie

Theorie und Praxis, Band 3 §. 244 Anmerkung 15. Darnach bewirken die Aufhebung der väterlichen Gewalt: eigenes Gewerbe, auch wenn der Vater noch Unterstützung gewährt; Betrieb des der Frau gehörigen Gewerbes, Uebernahme einer Oeconomie-Inspektion, einer Pachtung, einer Ackerwirthschaft, das Assessorat, der Militairdienst mit Kapitulation, die Beschäftigung als Handlungsdiener, Provisor, Handwerksgeselle, — diese Beschäftigung jedoch nur dann, wenn dauernd die Absicht eines eigenen Etablissements aufgegeben ist. Die Aufhebung der väterlichen Gewalt bewirken nicht: die Uebernahme eines unbesoldeten Gemeindeamtes, das Referendariat, die diätarische Beschäftigung als Aktuar, die bestandene Prüfung als Arzt oder Kandidat, die Beschäftigung als Privatschreiber eines Rechtsanwaltes (ausgenommen besondere thatsächliche Umstände), ein Dienstverhältniß als Hausgesinde, Fabrikarbeiter, Tagelöhner es sei denn, daß es als eine dauernd befestigte Erwerbsbeschäftigung erscheint.

Ein großer Theil dieser Fälle gilt trotz des Ansehens des Obertribunales heute noch als zweifelhaft, ein anderer bietet als Merkmal die äußerlich nicht erkennbare Absicht oder die Dauer des Verhältnisses.

[8]) Ein großjähriger Sohn, der von seinem Vater den Mitbesitz und die Verwaltung des Rittergutes erhalten hat, vielleicht nebenbei ein unbesoldetes Kommunalamt bekleidet und Mitglied des Hauses der Abgeordneten ist, steht trotz alledem noch unter väterlicher Gewalt (Strieth. Archiv Bd. 29 S. 206).

[9]) Siehe Ges.-Rev. a. a. O. S. 124.

[10]) §§. 13—15 Theil I. Titel 1 der Allgem. Gerichtsordnung.

[11]) Dem Römischen Rechte waren solche Mißstände unbekannt. Der Haussohn war nur dem Vater gegenüber in der Rechtsfähigkeit beschränkt und auch dies nach

sind häufiger geworden, seitdem die Gründung eines eigenen Heerdes schwerer, durch Freizügigkeit und Verkehrsentwickelung die Zahl des Hülfspersonales in allen Zweigen des Erwerbes größer, das Getrenntleben der Eltern und der erwachsenen Kinder allgemein geworden ist.

Ein Schritt, aber auch nur Ein Schritt ist gemacht, um diese der Volksüberzeugung widerstrebenden Mißstände zu beseitigen. Die Kabinets-Ordres vom 4. Juli 1832 und 5. Dezember 1835 (Gesetz-Samml. 1832 S. 175 und 1835 S. 294) gestatten gewissen, noch unter väterlicher Gewalt stehenden Personen, in gewissen Prozessen ihre Gerechtsame selbst wahrzunehmen, ohne daß es der Zuziehung oder Benachrichtigung ihrer Väter bedarf.

Diese Bestimmungen haben sich als sehr nützlich erwiesen, aber sie reichen nicht aus. Wie der Gesetzgeber die ursprüngliche Reinheit des Begriffes aufgebend, die Handlungsfähigkeit nicht von der Reife des Einzelnen, sondern von einem bestimmten Lebensalter durch Festsetzung eines Volljährigkeitstermines abhängig macht, so darf er auch das Ende der väterlichen Gewalt nicht durch die Selbstständigkeit des Kindes bestimmen, sondern durch einen für alle Hauskinder gleichen Zeitpunkt. Dieser Zeitpunkt ist derjenige, in dem die wirthschaftliche Abhängigkeit regelmäßig oder gewöhnlich aufhört. Ist nun damit auch eine gewisse Wahl und Willkühr gegeben, so würde doch eine gewisse Inkongruenz,[12]) wie man zu sagen pflegt, eintreten, wollte man für das Ende der väterlichen Gewalt einen andern Termin festsetzen, als für das Ende der Vormundschaft und hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit, die Großjährigkeit des Kindes von der väterlichen Gewalt nicht überdauern zu lassen.

Der Gesetzgeber, sagt man, soll nicht neues Recht schaffen, sondern das Recht finden und anerkennen, das Gesetz ist nur die Hülle, in der der Geist als Recht zur Erscheinung kommt. Mit diesem Gesetze trifft dies entschieden zu. Die Volksüberzeugung geht dahin, daß es

---

Einführung der Pekulien mehr dem Namen als der That nach. Die Schulden der Hauskinder waren von jeher gültig und klagbar (v. Savigny, System, Bd. 3 §. 67).

[12]) Streng genommen sogar eine Ungerechtigkeit, da das Postulat der Gerechtigkeit gleiches Maß ist. Wenn das Gesetz nicht duldet, daß der Großjährige durch den Willen des Vormundes gebunden wird, wie kann es dulden, daß der Großjährige rechtlich unfrei bleibt, so lange der Vater lebt? Trendelenburg (Naturrecht, zweite Aufl. §. 147 S. 320): „Der Zeitpunkt, den das Gesetz für die Volljährigkeit bestimmt, wirkt auf die Auffassung der Zeit zurück, in welcher sich die väterliche Gewalt löst.“

der Natur des Verhältnisses widerstreitet, wenn eine rechtliche Gewalt des Vaters über seine von ihm wirthschaftlich unabhängigen Kinder anerkannt wird. Ja, die Ueberzeugung geht noch weiter, sie manifestirt sich, das Verhältniß konkreter gestaltend, in dem Satze: „Ein großjähriger Mensch ist selbstständig und muß im Recht als selbstständig behandelt werden.“ Immer, wenn die aufgedeckten Mißstände hervortreten, wenn der Richter für den Großjährigen die Zustimmung des Vaters verlangen muß, immer und immer wieder lautet die Entgegnung: „Aber ich bin ja mündig“ oder „Mein Sohn ist mündig, mein Sohn ist doch kein Kind mehr“.[13]) Derjenige, dem es widerstrebt oder gewagt erscheint, so unmittelbar aus der Quelle[14]) zu schöpfen, mag die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes (Anm. 7) einer unbefangenen Prüfung unterziehen. Er wird finden, daß nicht nur über die Worte, sondern auch über den gesetzgeberischen Gedanken weit hinausgegangen, daß mithin nicht ausgelegt, sondern untergelegt wird. Eine solche Interpretion ist nichts weiter, als „die natürliche Reaction des Rechtsgefühles gegen eine eklatante Mißachtung desselben von Seiten der Gesetzgebung“.

Nicht das Bestreben zu generalisiren,[15]) sondern die Natur des Verhältnisses, die Rechtsüberzeugung, das Bedürfniß des Lebens sind die Motive des Gesetzes. Sein Erfolg wird die Erleichterung und die Sicherung des Verkehres sein. Jede großjährige Person wird, wenn nicht ausnahmsweise ein Grund zur Bevormundung vorliegt, selbstständig und handlungsfähig sein, also ihr Vermögen verwalten und sich verpflichten, ohne der Zustimmung des Vaters zu bedürfen. Unter

---

[13]) Bezeichnend ist auch, wie die Väter von ihren großjährigen Söhnen zu sprechen pflegen. Sind sie unzufrieden, so heben sie hervor, daß sie (nach ihrer Ansicht) nicht mehr das Recht haben drein zu reden: „Mag er sehen, wie er durchkommt, mich braucht er nicht mehr zu fragen und er fragt mich auch nicht mehr, der weiß, daß er mündig ist“. Umgekehrt wird von den guten Söhnen gerühmt: „Er fragt mich immer noch, er bespricht alles mit mir“, voraussetzend, daß dies nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit, sondern aus Dankbarkeit und Liebe geschieht.

[14]) Der Satz von der ewigen Dauer der väterlichen Gewalt hat bei uns nur durch die gewaltige Macht, die das Römische Recht gewann, formale Geltung erlangt. Das deutsche Rechtsbewußtsein, dem er stets fremd blieb, reagirte dagegen bisher nur durch die unbewußt ein Prinzip enthaltenden Ausnahmefälle „der Selbstemancipation“, ist jetzt aber so weit erstarkt, um die Fremdherrschaft abzuschütteln und die bisherigen Ausnahmen zum verjüngten Prinzipe zu erheben.

[15]) Wie der Revisor meint (Ges.-Rev. Pensum XV. Motive S. 116).

den Vortheilen, welche das Gesetz in zweiter Linie bietet, ist auch der, daß es die späteren gesetzgeberischen Arbeiten über das Familienrecht vereinfacht und für diese Arbeiten insofern die Bahn ebnet, als es den Anfang[16]) macht, den Grundsatz zu verwirklichen, daß die Familienverhältnisse in der Natur selbst die Grundlagen ihrer rechtlichen Gestaltung finden.

Es ist nicht zu fürchten, daß das Gesetz Gegner in dem Kreise Derjenigen finden wird, welche das Leben und seine Bedürfnisse kennen und täglich die Aufgabe haben, ihnen gerecht zu werden. Vielleicht widerstreben Theoretiker, die an dem, was in ihre Idee nicht paßt, nicht selten mit fest zugedrückten Augen vorübergehen. Ihnen kann die Zartheit des Verhältnisses gefährdet scheinen, welches Vater und Kinder verbindet. Der Streit auf dem Grenzgebiete zwischen Recht und Pflicht ist schwer, weil die Gründe, die in den Streit geführt werden, dem Gefühle und unvermittelten Anschauungen entspringen. Es muß jedoch bemerkt werden, daß die Innigkeit des Familienlebens von dem Rechte wenig abhängig ist und daß, wenn anders das Obengesagte richtig ist, das neue Gesetz die Pietät und Liebe eher vermehren, als vermindern wird [17]). Es fehlt denn auch nicht an Schriftstellern, welche die Natur

[16]) Der Entwurf des Gesetzes über das Vormundschaftswesen vom Jahre 1870 ist noch der Ansicht, daß für großjährige Personen, die in väterlicher Gewalt stehen, schon „eine genügende Fürsorge und Vertretung vorhanden ist" (Motive S. 121). Er verkennt also vollständig das Wesen der väterlichen Gewalt und übersieht, daß es fast in allen Einzelfällen zweifelhaft ist, ob die väterliche Gewalt noch besteht oder nicht. Es würde lediglich zu bestimmen sein, daß der Vater, wenn er nicht unfähig ist, das Recht auf die Vormundschaft hat.

[17]) In dieser Beziehung ist das „plus ibi boni mores valent, quam alibi bonae leges" neuerdings wiederholt angewandt. Morgenstern (Mensch, Volksleben und Staat §§. 18 und 90) macht darauf aufmerksam, „daß die Familie, dieser Kreis durch die Bande der Natur enge mit einander verbundener Menschen, bei Weitem mehr durch die Macht edler Gefühle, wie Liebe, Gehorsam, Achtung und Dankbarkeit, als durch die Gebote der Vernunft getragen werde und daß von einem solchen Vereine jeder Zwang von außen möglichst fern gehalten werden sollte"; — — „der Zwang, wenn er eintreten sollte, wird nie dahin führen, ein glückliches Familienverhältniß herzustellen und dauernd zu erhalten".

Ihering (Geist des Römischen Rechtes, Theil II. S. 201): „Je tiefer die Zartheit des Verhältnisses empfunden, je edler und reiner es in der Wirklichkeit gehalten wird, um so mehr wird eine solche Entweihung desselben das Gefühl verletzen, kurz: je weniger das Gesetz es für nöthig hält oder nöthig hat sich hineinzumischen, desto besser". Siehe auch Trendelenburg, Naturrecht §§. 122 und 136.

des Verhältnisses erkannt haben und der Lehre von der Dauer der patria potestas mit mehr oder weniger Klarheit und Energie entgegen getreten sind. [18]) Zu erwähnen ist auch, daß in Oesterreich [19]), England [20]) und Frankreich [21]) die elterlichen Rechte spätestens mit der Großjährigkeit des Kindes aufhören.

Die angeführten Gründe gelten in gleicher Weise für Söhne wie für Töchter, wenn auch die Zahl der Haustöchter, welche wirthschaftlich selbstständig sind, hinter der Zahl der selbstständigen Söhne sehr zurücktritt. Eine ungleiche Behandlung würde nicht nur den Bedürfnissen des Lebens; sondern auch dem allgemeinen Grundsatz widerstreiten, daß eine Verschiedenheit der beiden Geschlechter im Privatrechte zu vermeiden ist [22]). Der Großjährigkeitserklärung mußte besonders Erwähnung geschehen, da sie nach dem bisherigen Rechte die Entlassung aus der väterlichen Gewalt nicht zur Folge hatte [23]).

Zwar nicht der Schutz, der den wohlerworbenen Rechten zukommt,

---

[18]) Es genügt hier der Hinweis auf die Anmerkung 1 und mag nur noch bemerkt werden, daß sich selbst zur Zeit der Gesetz-Revisoren eine Stimme für die hier vertretene Ansicht erhoben hat. Der Stadtgerichts-Director Beckhaus zu Brakel wollte nicht nur das Ende der väterlichen Gewalt mit der Großjährigkeit eintreten lassen, sondern erwartete auch von einer solchen Neuerung „die Veredelung des Familiengeistes". (Ges.-Rev., Pensum XV. Motive S. 115).

[19]) G.-B. §. 172.

[20]) William Blackstone, Commentaries on the Law of England (ed. 2 Oxford 1766) Book I. ch. 16 sub I. 2 (p. 453): „A father has no other power over his sons estate, than as his trustee or guardian; for though he may receive the profits during the child's minority, yet he must account for them, when he comes of age . . . . The legal power of a father . . . . over the persons of his children ceases of the age of twenty one for; they are then enfranchised by arriving at years of discretion, or that point, which the law has established, . . . when the empire of the father or other guardian gives place to the empire of reason".

[21]) Code civil art. 372 und 384:

„Il reste sous leur autorité jusqu' à sa majorité ou son emancipation". „La jouissance des biens de leurs enfants jusqu' à l'âge de dix-huit ans accomplis"

[22]) Förster, Theorie und Praxis, Bd. 3 §. 224 Anm. 9 und die dort Citirten. In Rom stand die Haustochter bezüglich der Fähigkeit, Verbindlichkeiten zu übernehmen, dem Haussohne gleich (v. Savigny, System, Bd. 3 §. 67 und Beilage V.).

[23]) Entscheidungen des Obertribunales vom 3. Juni 1847 und 23. November 1853, Bd. 18 S. 289 und Bd. 24 S. 124, sowie Gruchot's Beiträge, Jahrgang 1871 Bd. 15 S. 39 u. folg.

wohl aber die Schonung individueller Interessen verlangte die vorgeschlagene Uebergangsbestimmung [21]).

Der allgemeine Satz, daß die dem Gesetze widersprechenden Bestimmungen aufgehoben sind, war, weil selbstverständlich, streng genommen in das Gesetz nicht aufzunehmen. Es empfahl sich dies aber, um hieran anknüpfend die von dem Gesetze unmittelbar betroffenen Vorschriften aufzuzählen. Unter diesen befinden sich auch die §§. 226 und 227 Th. II. Tit. 2 des Allgemeinen Landrechtes, weil sie, obwohl aus der l. 3. c. II. 45. entnommen, nach ihrer Stellung als Folgen der väterlichen Gewalt anzusehen sind, diese Gewalt aber nach dem vorliegenden Gesetze durch die Majorennitätserklärung (§. 216 a. a. O.) vollständig aufgehoben sind. Erkennt man auch diese äußerliche Konsequenz nicht an, daß die innere Konsequenz für ihre Beseitigung spricht, wird schwerlich bestritten werden. Wenn nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, daß die §§. 121 bis 138 a. a. O. sich fortan nur auf minderjährige, in väterlicher Gewalt stehende Personen beziehen, so hat dies darin seinen Grund, daß jene Vorschriften als Folgen der väterlichen Gewalt erscheinen und als solche in der Ueberschrift des Abschnittes bezeichnet sind. Sehr zahlreich sind die Vorschriften, welche durch dies Gesetz modificirt werden. Es gehören hierher alle die Bestimmungen, welche überhaupt großjährige, noch unter väterlicher Gewalt stehende Personen erwähnen oder voraussetzen, wie beispielsweise die §§. 163, 189, 207, 263, 265, 484 Theil II. Tit. 2 des Allgemeinen Landrechtes. Die §§. 249 bis 254 daselbst bleiben in Kraft, einer Rechtfertigung dafür bedarf es nicht. Auch die §§. 231 bis 248 daselbst, auch die §§. 698 bis 712 Theil II. Titel 18 des Allgemeinen Landrechtes behalten vorläufig ihre Geltung, obwohl ihre Beseitigung aus Rücksichten der Sicherheit des Verkehres und der juristischen Konsequenz geboten sein mag. Die Bestimmungen über die Ausstattung der Kinder bedürfen keiner schleunigen Revision, die Erörterung der übrigen Vorschriften ist der Reform des Vormundschaftsgesetzes vorzubehalten.

---

[21]) Daß hier wohlerworbene Rechte vorhanden sind, wird von v. Savigny, System (Bd. 8 S. 503 und S. 507) nicht anerkannt. Dem wird zuzustimmen sein, denn der Vater hat den Nießbrauch nicht kraft speciellen Titels, sondern kraft des Gesetzes. Für die Uebergangsbestimmung spricht auch die Zweckmäßigkeit, da nach vielen Recessen über materna zweifelhaft ist, ob ein specieller Titel hinzugekommen ist.

Als Geltungsbereich des Gesetzes waren die Landestheile zu bezeichnen, in denen das Allgemeine Landrecht Gesetzeskraft hat, jedoch einschließlich der Gebiete, in denen die drei ersten Titel des zweiten Theiles suspendirt sind, da auch in diesen Gebieten die §§. 125, 131, 201 und 202 Theil II. Titel 2 für nicht suspendirte Vorschriften angesehen werden (Pl.-Beschl. vom 15. März 1852, Entsch. Bd. 22 S. 171, Just.-Min.-Bl. 1852 S. 159). Weiter konnten die örtlichen Grenzen der Herrschaft dieses Gesetzes nicht erstreckt werden, da der Inhalt der Rechte der väterlichen Gewalt in den übrigen Provinzen verschieden bestimmt ist.

Der Grundsatz, daß die Handlungsfähigkeit großjähriger Personen durch die väterliche Gewalt nicht beschränkt werden darf, ist für den ganzen Umfang des Staates zur Geltung zu bringen, denn „soll Recht gesprochen werden, wie es geschrieben ist, so muß es auch geschrieben werden, wie es gesprochen werden soll“. —

# Literatur.

## 8.

## Entwurf einer Deutschen Strafprozeßordnung.

Besprochen von Herrn Dr. Ernst Bezold in München.

„Der Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung gehört (so beginnt die demselben vorausgeschickte „Vorbemerkung" d. d. Berlin im Januar 1873) zu jener Gruppe von Justizgesetzen, deren Erlaß in Ausführung des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reiches beabsichtigt wird. Er steht mit dem bereits veröffentlichten Entwurfe einer Deutschen Civilprozeßordnung, sowie dem noch ungedruckten Entwurfe eines Gesetzes, welches die Aufgabe hat, die zur Einführung der beiden Prozeßordnungen erforderlichen Bestimmungen über die Gerichtsverfassung zu geben, im engsten und untrennbaren Zusammenhange."

In den Motiven zum Civilprozeßentwurfe wurde dies bezüglich wörtlich gesagt:*)

Anm. S. 55.

„Der Civilprozeßentwurf ist als ein Theil eines größeren Ganzen gedacht, welches die Gerichtsverfassung, das Civilverfahren und das Strafverfahren umfaßt. Mit Rücksicht auf diesen Zusammenhang ist es erklärlich, daß Vorschriften, welche dem Civilverfahren und dem Strafverfahren ihrem wesentlichen Gehalte nach gemeinsam sind, aus dem Entwurfe der Civilprozeßordnung ausgeschieden und dem Entwurfe der Gerichtsverfassung überwiesen sind. Hierher gehören besonders die Vorschriften über Öffentlichkeit der Sitzungen und dgl.; selbverständlich finden darin auch die Vorschriften über die Gerichte und deren sachliche Zuständigkeit ihren richtigen Platz."

Die Motive unseres Entwurfes (Anm. S. 6) selbst aber sagen:

„Voraussetzung und nothwendige Vorbedingung einer dem gesammten Deutschen Reiche gemeinsamen Strafprozeßgesetzgebung ist

---

*) In der „Vorbemerkung" wird gesagt: „Das ist auch der Grund, weßhalb man in dem vorliegenden Entwurfe eine Reihe von Bestimmungen nicht findet, welche man sonst in den Strafprozeßordnungen zu finden gewohnt ist."

eine gleichartige Gerichtsverfassung in demselben. Darum mußte sich die Reichsgesetzgebung, wenn sie es unternahm, eine gemeinsame Civilprozeßordnung und eine gemeinsame Strafprozeßordnung zu schaffen, auch die Aufgabe stellen, als Grundlage für beide Prozeßordnungen gleichzeitig ein gemeinsames Gerichtsverfassungsgesetz für das Reich zu geben. Demzufolge geht der Entwurf der Strafprozeßordnung, wie der der Civilprozeßordnung von der Voraussetzung aus, daß gleichzeitig mit ihm der Entwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes dem Reichstage zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme werde vorgelegt, und die drei Entwürfe zusammen den Gegenstand der Berathung eines und desselben Reichstages bilden werden. Der Entwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes ist somit das vorausgesetzte Korrelat dieses Strafprozeßentwurfes; in ihm werden namentlich alle diejenigen Bestimmungen zu suchen und zu finden sein, die sich auf die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft, auf die Heranziehung des Laienelementes zu der Rechtsprechung, auf die sachliche Zuständigkeit der Gerichte, auf die Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen, auf die Aufrechthaltung der Ordnung in den letzteren, auf die Gerichtssprache und die Zuziehung von Dolmetschern, sowie auf die zu gewährende Rechtshülfe beziehen, und welche allerdings in die Strafprozeßordnung hätten aufgenommen werden müssen, wenn diese für sich allein und nicht wie beabsichtigt wird in Verbindung und im organischen Zusammenhang mit der umfassenden Gesetzgebung über die Gerichtsverfassung und den Civilprozeß in's Leben treten sollte. Der Entwurf eines Gesetzes über die Gerichtsverfassung ist also in gewissem Sinne als der erste Theil des vorliegenden Entwurfes anzusehen."

So die Motive der beiden Entwürfe. Wir unsererseits beklagen den Misstand, daß gerade der 1. Theil, gerade das Fundament des gan en sowohl civil- als strafprozessualen Verfahrens nicht publicirt ist. Warzm dies bis heute nicht geschehen, darüber ist auffallender Weise nirgends in den Motiven Aufschluß gegeben. Auch sonst ist eine die ganze Sachlage klar enthüllende Aufklärung nicht gegeben worden, und doch sollte man meinen, hätte gerade an der entscheidendsten Stelle es sehr erwünsch sein sollen, daß die öffentliche Meinung und ihre Vertretung, die Presse durch eine genaue Darlegung der obwaltenden Verhältnisse in di Lage gesetzt worden wäre, der nationalen Tendenz durch ihrerseitige Un terstützung zu Hülfe zu kommen. Erkennt man ja doch jetzt sogar di Wichtigkeit und Unumgehbarkeit des Laienelementes selbst unumwunden an.

Den gleichwohl nicht ganz unbekannt gebliebenen Grund der Verzögerung des Gerichtsverfassungsentwurfes beklagt Referent doppelt, weil derselbe zunächst von Bayern verschuldet worden sein dürfte. Der oberste Gerichtshof soll ja an maßgebendster Stelle in Bayern die entgegenstehende Rücksicht sein.

Es sagt nun aber das „Vorwort" zu den Motiven des Civilprozeß-Entwurfes am Ende wörtlich:

„Bei den Beschlüssen über die Rechtsmittel ist die Kommission „„in ihrer Mehrheit““ (!) von der für präjudiziell erachteten Voraussetzung ausgegangen, daß über das Rechtsmittel der Oberrevision nur ein Reichsgerichtshof entscheiden werde.“

Ist das nun aber richtig, so fiele also mit dieser Voraussetzung das ganze Gesetzgebungs-Projekt in sich zusammen. So lange Bayern von seiner verlautenden Idee eines Reichsrechtshofes neben den für die Oberrevision in den einzelnen deutschen Staaten aufrechterhalten werdenden partikulären obersten Gerichtshöfen nicht abgeht und so lange es — im Bundesrathe wenigstens — von den beiden anderen Königreichen Unterstützung findet, so lange kann von der Möglichkeit des Zustandekommens weder des Civil- noch des Strafprozeßgesetzes die Rede sein.

Wir selbst haben mit der vorliegenden Besprechung deßhalb längstmöglichst gezögert, *) weil wir schon seit Wochen nach Allem was verlautete, zu der Hoffnung berechtigt zu sein glaubten, es werde Bayern selbst schon alsbald von seiner Opposition zurücktreten und es werde der Gerichtsverfassungsentwurf eben deßhalb alsogleich in irgend welcher Weise veröffentlicht werden. Zu unserem tiefen Bedauern ist dies bis heute nicht geschehen und wir haben, obwohl wir uns, soweit dies mit dem Amtsgeheimnisse verträglich ist, im Schooße der bayerischen Ministerien theilweise der entgegenkommendsten Unterstützung unserer jetzigen Thätigkeit zu erfreuen haben, gar nichts über den Inhalt eines Gerichtsverfassungsgesetzes zu erfahren vermocht.

Freilich hat in den jüngsten Tagen die „Augsb. Allgem. Ztg.“ die Notiz gebracht, es liege jetzt der neueste „Deutsche Gerichtsorganisationsentwurf ausgearbeitet nach bayerischen Ideen“ gedruckt vor (?) und ist zugleich ein Resumé der enthaltenen 204 Paragraphen gegeben.

Vorausschicken müssen wir, daß bereits in den Motiven des Deutschen Civilprozeßentwurfes gesagt war:

> „daß man bei der Bearbeitung des Entwurfes von der Annahme ausgegangen ist, daß der Entwurf der Gerichtsverfassung die nachstehenden Fundamentalsätze anerkennen werde:
>
> Amtsrichter: Einzelrichter } als I. Instanz.
> Landgerichte: kollegialisch }
>
> Als Gerichte II. Instanz: die Oberlandesgerichte.
>
> Die Gerichtsbarkeit III. Instanz wird von einem obersten Gerichtshofe ausgeübt.“ Anm. S 55 unten, 56.

Jener bayerisch-deutsche Gerichtsverfassungsentwurf soll nunmehr der „A. A.-Z.“ zufolge bestimmen:

> „Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Strafsachen wird durch Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandes-Gerichte und oberste Gerichtshöfe ausgeübt. Bei den Amts- und Landgerichten sollen Schöffengerichte für die Strafsachen gebildet werden; sie zerfallen in die kleinen Schöffengerichte (bei den Amtsgerichten) in mittlere und große Schöffengerichte (bei den Landgerichten). Die kleinen Schöffengerichte bestehen aus dem Amtsrichter und zwei Schöffen; die mittleren Schöffengerichte aus drei Mitgliedern der Strafkammer des Landgerichtes und drei (?)

*) Geschrieben im April.

Schöffen; die großen Schöffengerichte aus drei Mitgliedern der Strafkammer des Landgerichtes und sechs Schöffen. — Die obersten Gerichtshöfe der Bundesstaaten sind, soweit nicht die Zuständigkeit des deutschen Reichsgerichtes begründet ist, zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel 1. (bürgerliche Rechtsstr.), 2. die Revision gegen die Urtheile der mittleren und großen Schöffengerichte. Das deutsche Reichsgericht ist zuständig für die Verhandlung und Entscheidung des Rechtsmittels der Oberrevision

1) in den zur Kompetenz des Handelsgerichtes (wo solche nöthig) gehörigen Sachen;
2) in bürgerl. Rechtsstr., welche gewisse reichsgesetzliche Gebiete zur faktischen Basis haben;
3) das deutsche Reichsgericht ist zur Untersuchung und Entscheidung in einziger Instanz in den Fällen
   a) der §§. 8, Z. 3, 87, 88, 89, 90, 91.
   b) §§. 80, 81, Z. 1, 2, §. 92 des Str.=G.=B., sofern die Handlung gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet ist.
   c) §§. 83, 84, 85, 86, St.=G.=B., sofern die Handlung den im §. 81 Z. 3 festgestellten Thatbestand betrifft oder gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet ist.
4) Bei dem deutschen Reichsgericht als Reichsrechtshof kann von dem Oberreichsanwalt Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes erhoben werden, wenn von mehreren obersten Gerichtshöfen der Bundesstaaten oder von einem solchen und dem Reichsgericht, oder wenn in mehreren Rechtssachen von einem der bezeichneten Gerichtshöfe eine Bestimmung des Reichsrechtes verschieden ausgelegt worden ist. Der Rechtshof besteht aus dem Plenum des Reichsgerichtes, dessen einzelne Senate sonst in der Besetzung von sieben Mitgliedern entscheiden. Die Sitzungen des Rechtshofes sind nicht öffentlich. Ergiebt sich, daß die Voraussetzungen der Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes nicht vorliegen, oder erachtet der Rechtshof einen Spruch über die angeregte Rechtsfrage noch nicht für reif, so hat es bei seiner Erklärung hierüber sein Bewenden. In anderen Fällen hat sich der Rechtshof auf den Spruch über die Rechtsfrage und die rechtliche Begründung desselben zu beschränken. Der Spruch des Rechtshofes ist nebst seiner Begründung im „Reichsgesetzblatt" zu veröffentlichen. Sämmtliche Gerichte im deutschen Reich sind an die Sprüche des Rechtshofes für die Zukunft gebunden. Auf die Entscheidung bei Rechtssachen, durch deren Aburtheilung die Beschwerde zur Wahrung des Gesetzes veranlaßt worden ist, äußert der Spruch des Rechtshofes keinen Einfluß. Das Verfahren ist kostenfrei."

So der angeblich bereits gedruckte bayerische Vorschlag. Daß übrigens der Rechtshof eine Todgeburt war, dürfte bereits feststehen. Ebenso ist aber auch, wie oben konstatirt, die Opposition gegen das Reichsgericht als allgemeine letzte Instanz für ganz Deutschland eine petitio principii und nach Allem, was man hört, soll Bayern auch in dieser Beziehung von seiner Opposition selbst zurückkommen.

Nicht allein von dem sehnlichen hierauf gerichteten Wunsche, sondern auch von dieser, wie gesagt, nothwendigen Voraussetzung ausgehend, werden wir im Uebrigen den Inhalt dieses bayerischen Entwurfes wohl als den richtigen Abdruck des seinerzeitigen deutschen Gerichtsverfassungsentwurfes betrachten und wenden uns in solcher Weise nun zu der kritischen Besprechung selbst.

Was vor Allem die beliebte Abtrennung des Gerichtsverfassungsgesetzes von den beiden anderen Gesetzen betrifft, so können wir uns mit derselben in keiner Weise befreunden, ja wir glauben den Grund dieser Neuerung lediglich in äußeren Rücksichten suchen zu müssen, deren Berechtigung allerdings im Vorausgehenden hinlänglich angedeutet ist. Allein sowie diese äußeren Gründe, wie ebenfalls vorstehend angedeutet wurde, weggefallen sein werden, wird es nicht mehr länger angezeigt erscheinen können, sowohl im Civilprozeß- als im Strafprozeßgesetze gerade die fundamentalen Hauptbestimmungen willkürlich abzutrennen und aus irgend welchem Grunde, am wenigsten aus Gründen der „Oekonomie", und zur Vermeidung der einen oder anderen Wiederholung in einem dritten Gesetze für beide anderen Gesetze gemeinsam zusammenzustellen, und so ohne Noth aus zwei Gesetzen drei zu machen. Der Gedanke, welcher dem modernen Drange nach möglichst einheitlicher Kodifikation zu Grunde liegt, dürfte auch einer solchen Vervielfältigung widerstehen. Wir meinten daher, daß es seiner Zeit, falls nicht vorher schon Abhülfe getroffen würde, die erste Aufgabe des Reichstages sein müßte, den Fehler dieser Zerreißung zu beseitigen und aus den drei Gesetzentwürfen, wie bisher überall allein und ganz mit Recht üblich war, wieder zwei, d. h. einen Civil- und einen Strafprozeßentwurf zu machen.

---

Indem wir uns nunmehr zum Strafprozeßentwurfe selbst wenden, schicken wir voraus, daß es uns nicht einfallen kann, den Entwurf, sowohl nach seinen Grundprinzipien als den Einzelbestimmungen, schon jetzt einer erschöpfenden Kritik unterstellen zu wollen. Abgesehen davon, daß dies jedenfalls die Kraft des Referenten weit übersteigen würde, wäre zu solchem Unterfangen schon die Zeit, welche seit Veröffentlichung in Mitte liegt, viel zu kurz. Noch weniger kann es uns einfallen, Streifblicke auf das englische und französische Strafprozeß- oder Prozeßrecht überhaupt und die ganze einheimische und anderweitige, besonders deutsche Literatur darüber zu werfen. Wir werden uns vielmehr auf eine möglichst kurze, lediglich unsere Ansicht aussprechende Kritik des Einen und Anderen beschränken.

Die Entwurfsmotive haben in sehr praktischer Weise auf S. 8 u. 9 eine Zusammenstellung der wesentlichen Abweichungen von dem in Deutschland bisher bestehenden Strafprozeßrechte oder vielmehr derjenigen Bestimmungen entworfen, „welche für die Mehrzahl der innerhalb des deutschen Reiches annoch geltenden Gesetzgebungen als Neuerungen anzusehen sein dürften".

Die vier ersten „Neuerungen", welche hier aufgezählt werden, sind:

I. Die Strafurtheile werden in erster Instanz nicht mehr von rechtsgelehrten Richtern allein, sondern überall unter Mitwirkung von Laien gefällt.

II. Die erkennenden Gerichte erster Instanz sind — Schöffengerichte.

In einer Anmerkung zu diesem Worte ist gesagt, der Ausdruck sei „nicht blos mit Rücksicht auf das ältere deutsche Recht, sondern auch deshalb gewählt worden, weil er sich in der Gesetzgebung mehrerer deutscher Staaten bereits wieder eingebürgert habe, und überdies dem Wesen der Sache entspreche.“*)

Die Schöffengerichte zerfallen in die Großen, Mittleren und Kleinen.

III. Die Großen Schöffengerichte treten an die Stelle der seitherigen Geschworenengerichte.

IV. Die Schöffen üben in gleichberechtigter Stellung mit den rechtsgelehrten Richtern das Richteramt in seinem vollen Umfange aus.

Beifügend bemerken wir, daß verlautet hat, es sei gegenüber der Agitation oder dergl. in Süddeutschland Seitens des königl. preußischen Justizministeriums auch ein eventueller Strafprozeßentwurf unter Beibehaltung der seitherigen Geschworenengerichte ausgearbeitet worden. Allein irgendwelche Veröffentlichnng eines solchen ist bis heute ebenso wenig erfolgt als dies bei dem deutschen Gerichtsverfassungsentwurfe der Fall war.

Was nun die große Frage: ob Schöffen oder Geschworene? betrifft, so liegt zweifelsohne hierin der Schwerpunkt des gesammten Strafverfahrens, und zwar keinesweges etwa blos nach der politischen Seite hin, sondern vielmehr nach der Gesammtauffassung des Strafverfahrens nach allen Seiten hin.

Eins müssen wir im Voraus bekennen. Wir gehören einerseits zu Denjenigen, welche auf das praktische, besonders organisatorische Talent des jetzigen preußischen Justizministeriums das höchste Vertrauen gesetzt haben, und sehen und preisen es als ein günstiges Geschick, daß gerade in der entscheidenden Zeit eine solche Leitung besteht. Die präcise Fassung des Gesetztextes giebt hiervon einen neuen glänzenden Beweis. Andererseits aber konnten wir nicht umhin uns über die Art und Weise zu wundern, wie theilweise die Motive abgefaßt sind. Weitaus am meisten ist dies uns besonders bei Behandlung der Kardinalfrage aufgefallen. Auf der einen Seite ist uns nämlich in der deutschrechtsgeschichtlichen Literatur, soweit wir sie kennen, sonst noch nirgends vorgekommen, daß die alten Schöffen zu einer ganz neuen Funktion berufen und noch weniger, daß sie zu ganz neuen Ehren erhoben worden sind. Es ist ja unseres Wissens ein klar nachgewiesener Irrthum, die ursprünglichen Schöffen als Gehilfen des Richters zu betrachten. Im Gegentheile, sie waren, ebensogut wie die ursprünglischen englischen Geschworenen (wenigstens dem Effekte nach), allein die Richter. Die Grafen (späteren „Richter“) hatten nur den — formellen — „Bann“, die formelle Leitung der Gerichtsverhandlung, die Rechtsprechung selbst lag nur in der Hand wie früher der Volksgemeinde so jetzt der Vertretung derselben, nämlich der Schöffen. Ebenso unbestreitbar aber dürfte es sein, daß die Schöffen, nachdem sie ihre wesentliche Gewalt wieder eingebüßt hatten und statt

*) Es wird hierbei auf Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, S. 251 u. 268 ff. verwiesen.

allein maßgebende Richter lediglich Gehilfen des Richters geworden waren, im Laufe der Zeit zu bloßen Figuranten wurden und wegen dieser prinzipwidrigen Umbildung des Institutes ihrer neuen Bedeutung ganz entsprechend allüberall in vollsten Miskredit gekommen sind und daß man dem allmäligen Absterben dieses „Schöffeninstitutes" nicht nur mit aller Gemüthsruhe zusah, sondern als sie endlich selig verstorben waren, nicht einmal irgend welches freundliche Andenken bewahrte. Hat man doch von einem Wiederaufleben des Institutes nicht einmal auf dem Gebiete der Handelsgerichte etwas wissen wollen, vielmehr sich selbst da, trotz Naheliegens des Gedankens mit Hand und Fuß dagegen gewehrt!

Was auf der anderen Seite das Institut der Jury betrifft, so meint man nach den Motiven*), es handele sich hier — um ein französisches Institut! Auch in den Motiven zum Civilprozeßentwurfe wird zum Theile von dem Civilverfahren in den preußischen und bayerischen Rheinlanden gesprochen, als ob sie rein französisch wären. Allein auf den Gebieten der Wissenschaft und der Legislation kann sich kein Volk, sei es welches es will, und selbst ein so lange schon einer anerkannten Größe sich erfreuendes wie das englische, auf einen Isolirschemel stellen, vollends nicht Deutschland, dessen Neukonstituirung noch so jungen Datums ist. Doch lassen wir die Motive sprechen! In denen zum Civilprozeßentwurfe heißt es S. 5 wörtlich:

„Das französische Prozeßgesetz ist, wie allgemein anerkannt wird, „die mangelhafteste der Napoleonischen Rechtsschöpfungen, d. h. „nur eine neue Ausgabe der Ordonnanz Ludwig XIV. vom Jahre „1667, auf welche der übermächtige Einfluß der Korporation der „Anwälte einen höchst nachtheiligen Einfluß geäußert hat."

Freilich, unmittelbar vorher hat man nicht umhin gekonnt mit ein paar Worten der älteren Rechtsgeschichte zu gedenken.

„Allerdings ist das öffentliche und mündliche Verfahren, welches in Frankreich seit den ältesten Zeiten sich forterhalten hat, auch Grundsatz des älteren deutschen Prozesses gewesen und in Deutschland erst in späterer Zeit durch den aus Italien herübergekommenen kanonisch-römischen Prozeß verdrängt worden."

Noch eine Seite weiter vorn ist sogar folgende Einräumung gemacht:

„Soviel muß man unbedenklich einräumen, daß wie manche andere „französische Institution auch der französische Prozeß in den letzten „Jahrzehnten mittelbar eine „„anregende, heilsame Rückwirkung"" „auf die Entwickelung des deutschen Verfahrens geübt hat."

„Dennoch" (so wird wörtlich fortgefahren) „aber wäre der „Uebergang zu diesem Verfahren ein Schritt, der eine allgemeine „Zustimmung, zumal seit der Erkräftigung des Nationalbewußt„seins in Folge der Gründung des deutschen Reiches, schwer „erlangen würde. Als oberstes Erforderniß einer Prozeßordnung „darf hingestellt werden, daß sie praktisch brauchbar und zweckmäßig „ist, daß sie den Rechtsstreit auf dem einfachsten, kürzesten, sichersten

*) Ein Anderes freilich ist es, wenn man die „Anlagen" der Motive, welche wieder einen eigenen Band bilden, hinzunimmt.

„Wege seiner Entscheidung zuführt. Allein daraus folgt noch
„nicht, daß ein Gesetzgeber ein Verfahren, selbst wenn es
„diesem obersten Erfordernisse durchaus entsprechen sollte, von
„einem fremden auf den heimischen Boden ohne Weiteres ver-
„pflanzen kann. Eine Nation, deren in bedeutenden
„Geschichtsepochen stärker hervortretendes Rechts-
„bewußtsein nicht blos das materielle Recht, sondern
„auch das Rechtsverfahren umfaßt, würde in einem frem-
„den Verfahren sich nicht wieder erkennen. Dieses würde
„keine Wurzel schlagen und trotz seiner Zweckmäßigkeit von Ein-
„zelnen geschätzt, Wenigen bekannt, kein Theil des Rechtslebens
„des Volkes werden. Die Einbürgerung des französischen Pro-
„zesses in dem rheinischen Gebiete kann schon wegen der beson-
„deren Verhältnisse und der nach der Einverleibung der Provinz
„mitwirkenden politischen Ursachen nicht als Widerlegung dieser
„Ansicht angesehen werden.“ —

Wir haben gerade dieses Argument für das von dem Begründenden selbst als Hauptmotiv angesehene gehalten und deswegen in extenso und wörtlich wiedergegeben. Es fällt uns bei der mit uns alt gewordenen politischen und juristischen Parteistellung am wenigsten ein, die volle Berechtigung dieses Standpunktes im allgemeinen irgendwie anzweifeln zu wollen, ja wir bekennen ausdrücklich uns sogar selber aus ganzer Seele hiezu, möchten uns aber dennoch immer und immer wieder im Einzelnen gegen jede Isolirung oder prinzipielle Feindschaft gegen alles Französische feierlichst zu protestiren erlauben und uns insbesondere gegen jeden Versuch erklären, sich aus lauter Patriotismus etwa lieber auf das Feld des aprioristischen Experimentirens hinüberdrängen zu lassen. Nur aus Vorsicht fügen wir übrigens, was den Civilprozeß betrifft, als unsere Ansicht bei, daß wir nicht entfernt den Werth des hannöv. Prozesses unterschätzen, im Gegentheile durch eigenen Augenschein in Baden noch höhere Achtung gewonnen haben, als uns schon die theoretische Kenntniß jenes Gesetzes bereits abgewonnen hatte. Noch weniger fällt uns ein, die Häufung von Förmlichkeiten und Silbenstechereien sowohl im Notariatswesen als in dem Gerichtsverfahren in Frankreich überhaupt, sowohl im Civil- als Strafprozesse, irgendwie zu preisen und irgendwie nicht alle diesbezüglichen Verbesserungen freudigst zu begrüßen.

Kehren wir nach dieser uns nothwendig erschienenen Abschweifung zu den Motiven des Strafprozeßentwurfes bezüglich der Frage: Jury oder Schöffen? zurück, so sagen die Motive S. 10 wörtlich Folgendes:

„Die dem französischen Gesetzbuche nachgebildete Institution der Schwurgerichte in Deutschland weist mit ihrer in sich unwahren und unnatürlichen Trennung von That- und Rechtsfrage dem mitrichtenden Laienelemente eine Aufgabe zu, welche eine in sich unlösbare ist und auch für die Gesetzgebung eine immer unlösbare bleiben wird, weil sie eben auf einer Voraussetzung beruht, welche der inneren Wahrheit entbehrt. Das Schöffengericht dagegen, wie der Entwurf es als durch das Gerichtsverfassungsgesetz eingeführt voraussetzt, kennt jene sogenannte Theilung der Arbeit zwischen Laien und Rechtsgelehrten nicht, will vielmehr beide zu einem Körper vereinigt und mit denselben Befugnissen ausgerüstet,

das Recht finden und dieses in dem gemeinsamen Urtheil über That und Recht zum Ausdruck bringen lassen. Dem Laienelemente wird somit nach dem Entwurf bei der Strafrechtspflege eine höhere und würdigere Aufgabe zugewiesen, als diejenige ist, welche dasselbe jetzt in den Schwurgerichten besitzt, und die Schöffengerichte dürfen es deshalb für sich in Anspruch nehmen, als eine Fortbildung der Schwurgerichte im Sinne deutscher Rechtsanschauung angesehen zu werden. Geht die Gesetzgebung einmal von dem Satze aus, es müsse das Element der Laien, wie das der Rechtsgelehrten in den Strafgerichten als ein nothwendiges, beide aber als gleichberechtigt anerkannt werden, dann führt dieser Gedanke folgerichtig zu der weiteren Forderung: „daß dieses Laienelement dann auch durch alle Ordnungen der „Gerichte gleichmäßig zu gestalten sei, und demgemäß dasselbe bei „den Gerichten unterer Ordnung nicht etwa in der Form von „Schöffengerichten, in denen oberer Ordnung in der Form von „Schwurgerichten zum Ausdruck gelangen dürfe, daß man sich „vielmehr nur dahin entscheiden könne: entweder Laien überhaupt „nicht oder Laien in den Gerichten aller Ordnungen mit einer „und derselben Aufgabe.“ Wie das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich bestrebt gewesen ist, sich überall von denjenigen fremden Elementen und Rechtsanschauungen wieder frei zu machen, welche die Gesetzgebung der letzten zwanzig Jahre in das deutsche Strafrecht hineingetragen hatte, so will auch der für das deutsche Reich bestimmte Strafprozeß sich von den aus dem französischen Recht ihm eingeimpften Elementen wieder frei machen und darum von den Schwurgerichten des französischen Gesetzbuches zu den Schöffengerichten des deutschen Rechtes zurückkehren. Denn der Gesetzgeber wird in einem für Deutschland bestimmten reformatorischen Gesetzeswerke nicht einen Strafprozeß aufbauen dürfen, der bei den Gerichten der unteren Ordnung auf deutscher Grundlage beruht, um bei den Gerichten oberster Ordnung in eine französische Spitze auszulaufen. Der Entwurf wenigstens hat sich einer solchen gesetzgeberischen Inkonsequenz nicht schuldig machen wollen, vielmehr in folgerichtiger Entwickelung seines Grundgedankens und in seinem Streben nach einer deutschen Rechtsentwickelung den Strafprozeß nur auf dem einheitlichen Gedanken eines deutschen Schöffengerichtes aufbauen können. Daß überdies bei einer solchen einheitlichen Struktur der Strafgerichte das Verfahren vor denselben sich unendlich einfacher gestalten läßt, als wenn man die dualistische Form des Verfahrens vor Schöffengerichten und Geschworenengerichten einführen wollte, und daß ferner auch die Last, welche den Laien aus der Herbeiziehung zu dem Ehrenamte des Richters erwächst, sich um Vieles verringert, wenn dieselben nur als Schöffen und nicht heute als Schöffen, morgen vielleicht als Geschworene bei der Strafrechtspflege mitzuwirken haben, — dieser Vortheil liegt so sehr auf der Hand, daß er keiner näheren Begründung bedarf; wohl aber muß er als ein wichtiges Moment für die in dem Entwurf vorgeschlagene einheitliche Gestaltung des Strafprozesses angeführt werden.“

Wir erlauben uns hiergegen zunächst ganz einfach darauf hinzuweisen, daß es unrichtig ist, die Jury, wie sie in Deutschland im Allgemeinen, d. h. in Bayern, Württemberg, Baden, Sachsen eingeführt ist, als einen Abklatsch des französ. Institutes hinstellen zu wollen. Wir nehmen an, daß insbesondere die zwar überaus rasch hergestellte und in mancher Beziehung unvollständige bayerische Strafprozeßreform von 1848 bei Abfassung des deutschen Strafprozeßentwurfes im Jahre 1872 wirklich im Einzelnen nicht so unbekannt geblieben ist, als man stellenweise nach der stiefmütterlichen Behandlung in den Motiven zu argwohnen geneigt sein könnte. Wir werden uns übrigens wohl hüten, unsererseits auf das Detail der nach unserem Urtheile von Anfang an für ausgezeichnet gehaltenen bayerischen Verbesserungen des französischen Geschworenengerichtes unter prinzipiellem Zurückgehen auf die englische Quelle, besonders in Bezug auf Bildung der Jury hier, besonders schon jetzt und noch vor Erscheinen des Gerichtsverfassungsgesetzes einzugehen.

Wir glauben aber, unserem sonstigen Plane untreu, ausnahmsweise in jene alte Rechtsgeschichte selbst einen Schritt zurückthun zu dürfen. Es hat uns, trotz oder wegen unserer mancherlei Quellenstudien über angelsächsisches und normännisches, sowie auch altfranzösisches Recht, immer eine der wunderbarsten Erscheinungen bedünken wollen, mit welcher ganz erstaunlichen Sicherheit und durchgreifenden Allgemeinheit das Institut der Jury gerade in den allerältesten normännischen Rechtsquellen, ich möchte sagen wie hineingeschneit oder vielmehr wie gleich als ausgewachsenes Individuum zur Welt gekommen, gleich vom ersten Momente seines quellenmäßigen Auftretens, nicht etwa in der skandinavischen Heimat, sondern in der weitentferntesten Fremde an den fränkisch-französischen Küstenländern auftritt.

So viel scheint auch unseren quellenmäßigen Erfahrungen nach sogar gewiß: es hatte der Gedanke der Jury gleich bei jenem historischen Auftauchen ein so weites Gewand, daß ich annehmen möchte, es habe später erst eine Einschränkung vorgenommen werden müssen, um das Institut als die spätere Jury auf englischem Boden zu dem fortzubilden, was sie hier endlich von der Bedeutung einer Art der Beweisfindung (trial) bis zu dem das ganze Gebiet des Gerichtsverfahrens ausschließlich beherrschenden gerichtsverfassungsmäßigen Institute geworden ist. Der Gedanke war einfach genug der, daß bei Auftauchen irgend welcher Zweifelsfragen im Rechts- und sociellen Leben frischweg eine Jury von Zwölf herbeigerufen wurde, und daß gleichsam vom ersten Momente des Auftauchens die allgemeinste Volksanschauung dahin ging, daß der Ausspruch dieser Zwölf Recht und Wahrheit schaffte und daß, wenn dieser Ausweg einmal gewählt war, kein weiterer Weg, um das „vere dictum" umzustoßen, in der Welt mehr gegeben sei.

Wir legen auf die überaus praktische und einfache Natur dieses einzigen Hauptgedankens einen noch heutzutage für uns persönlich geradezu durchschlagenden Werth. Wir bekennen, daß wir nicht etwa nur den späteren französischen diesbezüglichen Bestimmungshäufungen sondern selbst einzelnen englischen Bestimmungen gegenüber uns keineswegs irgendwie ängstlich verhalten. Wir bezeichnen als solche z. B. die später ausgebildete große Zahl einzuberufender Geschworener (besonders so lange man in Deutschland die andere Hälfte der im Strafwesen gerade

nicht rekusirter und unbeschäftigt bleibender Geschworenen nicht wie in England bei der daneben arbeitenden Civiljury verwenden kann, oder die Verstattung eines übersplendiden Rekusationsrechtes u. dergl.); wir gestehen ferner sogar, daß wir auch in keiner Weise an der Zahl 12, geschweige an ihrer Einstimmigkeit*) hängen und darin mit dem Gedanken des preußischen Gerichtsverfassungsentwurfes insofern durchaus zusammentreffen, daß wir auch eine Mittlere und Kleine Jury in's Auge fassen, wie dies übrigens auch bereits vor mir durch die „Wochenschrift der Fortschrittspartei in Bayern" und beziehungsweise von den bayerischen Professoren Dr. Marquardsen (aus Holstein) und Dr. Walther in München gethan worden ist.

Wir sprechen uns aber für die Jury keineswegs etwa auf Grund unseres theoretisch-historischen Studiums aus, sondern wir legen unserer ebenso bescheidenen als entschiedenen Befürwortung zunächst einzig und allein unsere 24jährige praktische Erfahrung zu Grunde. Es ist seit dieser ganzen Zeit uns in eigener dienstlicher Stellung sowohl, als bei genauem Verfolge der anderwärtigen Schwurgerichtsverhandlungen, kein einziger Fall bekannt geworden, in welchem wir nach bester, möglichst vorurtheilsfreier objektiver Beurtheilung die Jury irgend wie beklagt und irgend ein anderes Institut an ihre Stelle gewünscht hätten. Wir nehmen für dieses unser Zeugniß persönlich nichts weiter als das Vertrauen in Anspruch, daß wir uns trotz unserer Lebensstellung als Berufsrichter diese Ueberzeugung gewonnen, eine Ueberzeugung, die wir uns fleißig und redlich gebildet haben, und wir leben des bescheidenen Glaubens, daß dieses unser Zeugniß neben anderen viel gewichtigeren Zeugnissen aus Bayern und dem übrigen Süddeutschland auch bei der endlichen Beantwortung der großen Frage mit in die Wagschaale gelegt werden dürfe. —

Wie nun aber die Bildung einer Ueberzeugung sich nirgends arithmetisch zergliedern und darstellen läßt, so bilden wir uns auch nicht ein solches zu können und wir müßten es unter allen Umständen berufeneren Federn überlassen, alle einzelnen Gründe für die Jury systematisch aneinander zu reihen und zu entwickeln. Ein besonderes Moment dürfen wir aber hervorheben. Wir haben uns während unseres richterlichen Berufes mehrfach, nicht zum wenigsten an uns selber, überzeugt, daß das Moment der Kollegialität eine schwache Seite hat, die mitunter recht bedenkliche Wirkungen äußert. Es braucht von uns ein Kollege nicht einmal als im Allgemeinen überlegen anerkannt zu werden, es genügt, daß man ihm etwa auch nur auf dem einen und anderen Spezialgebiete eine gewisse Superiorität einräumt, ja daß man sogar nur auf die Integrität seines Charakters und auf seinen Ernst und Gewissenhaftigkeit in der Urtheilsfindung überhaupt ein festes Vertrauen zu setzen hat. Unter solchen Umständen kann es in Folge der Gebrechlichkeit der menschlichen Natur zeitweise wenigstens gar leicht kommen, daß man, wenn man einen solchen Richter als einen vorausgehenden Votanten neben sich weiß, — ich möchte sagen — in aller Ruhe und — Bequemlichkeit seinem Fleiße nach dem allerdings ganz falsch, ja pflichtwidrig angewendeten System

*) Der Entwurf verlangt beim Schöffengerichte zum Schuldausspruche überall eine Mehrheit von zwei Drittheilen. §. 213.

der Arbeitstheilung unwillkürlich manches im Momente für vielleicht überdies ganz unwesentlich gehaltenes Detail allein genauer zu verfolgen überläßt; man verläßt sich unwillkürlich auf ihn als Vorvotanten oder selbst als späteren Mitvotanten. Ich gestehe, das zeitweise Eintreten solcher Vorkommnisse nach meiner eigenen richterlichen Erfahrung und sogar an mir selber mehrfach beobachtet zu haben. Ich könnte hieran gleich meine noch weit ungünstigeren Erfahrungen in Bezug auf nicht rechtsverständige Beisitzer, d. h. Richtergehilfen, beifügen, welche ich insbesondere als rechtskundiger Beisitzer und beziehungsweise als Vorstand des Handelsgerichtes an zwei verschiedenen Orten Bayerns, darunter sogar an einem Sitze der Großindustrie, wie Augsburg, gemacht habe. Allein ich lasse es mir mit dieser — dem Gebiete des Civilverfahrens entnommenen — Andeutung genügen. Nun habe ich aber im Gegensatze zu jener constatirten ungünstigen Erfahrung innerhalb eines Kollegiums von lauter Rechtskundigen eine ganz andere und zwar eine nicht etwa nur zeitweise in eklatanten Fällen, sondern ständig in einer Reihe von mehr als 20 Jahren beobachtete durchaus günstige Erfahrung von dem Geschworenenkollegium im Ganzen, d. h. als Gegenüberstellung der Jury gegen das Kollegium der Richter an die Seite zu stellen.

Das Geschworenenkollegium einerseits und Richterkollegium auf der Gegenseite erhalten, jedes für sich, ihre Machtvollkommenheit in ängstlicher Eifersucht aufrecht und gerade in Folge eines gewissen „Qui vive" zwischen beiden Korporationen und des beiderseitigen Antagonismus wird ein gedeihliches Resultat herbeigeführt, das sonst auf keine Weise zu erreichen ist. Aehnlich ist z. B. auch der Segen des kontradiktorischen Beweisverfahrens nach englischem Muster, wo auf der einen Seite in ausgesprochenster Parteistellung der Ankläger, gleichviel ob ein privater oder ein die Krone vertretender, den Belastungsbeweis dem an sich hierbei ohne Antheil an dem Verfahren bleibenden vorsitzenden Richter nebst Jury, auf der Gegenseite ebenso der Vertheidiger den Entlastungsbeweis mit aller Entschiedenheit der Parteistellung vorführt.*)

Wir glauben, auf solche Weise möglichst deutlich gemacht zu haben, aus welchem Hauptgrunde wir die Jury einerseits ebenso hoch, als — im Vergleich zu ihr — die Schöffen ebenso tief stellen!

Wie gesagt, wir beschränken uns auf dieses Hauptmoment, nehmen nun aber, aufrichtig wie wir uns bis zum äußersten zu sein gerade hierin ernstlichst vorgenommen haben, ferner auch nicht den mindesten Anstand zu gestehen, daß es daneben zunächst politische Rücksichten sind, welche uns sodann weiter auch nicht einen Augenblick zögern lassen, mit den großen englischen Juristen nicht nur, sondern auch mit dem ganzen englischen Volke die Jury als ein Bollwerk der bürgerlichen Freiheit anzuerkennen und zu behaupten, daß die bürgerliche Freiheit durch kein Institut der Welt, insoweit man bis jetzt Rechtsinstitute kennt, so fest gesichert werden kann, — als durch die Jury! Wir brauchen die

*) Wir konstatiren übrigens freudigst, daß im Gesetzentwurfe selbst, sowie ausdrücklichst in den Motiven wiederholt diesem englischen Grundsatze der Trennung der Funktionen nicht nur das wärmste Lob gespendet, sondern auch einzelne sehr wichtige Konsequenzen schon von dem Stadium der Voruntersuchung an daraus legislatorisch gezogen worden sind.

diesbezüglichen Gründe auch nicht einmal in ihren wesentlichsten Momenten zu erörtern. Es ist das von Mittermaier und einer ganzen Reihe unserer verehrtesten Vorkämpfer für bürgerliche Freiheit weit besser geschehen, als wir nur entfernt vermöchten. Sind doch auch bereits im norddeutschen und deutschen Reiche, wo sich vorübergehend, wie bei den Debatten über die Grundrechte und über A. 4 Ziff. 16 der deutschen Reichsverfassung dazu Gelegenheit bot, schon einzelne Redner aufgetreten, welche in dieser Materie sich an die ersten älteren Vorkämpfer würdig anreihten. Wir beschränken uns lediglich das Resultat unserer reiflichsten praktischen Beobachtungen und Erwägungen beizufügen. Nach unserer Ueberzeugung ist nach menschlichen Verhältnissen die Jury allein im Stande, auf dem ganzen Gebiete der politischen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, insbesondere auf dem ganzen Gebiete der Presse, von den staats- und landesverrätherischen Aeußerungen hinab bis zu den Privatbeleidigungen das menschenmöglichst unabhängigste und wahrste Urtheil über Schuldig und Nichtschuldig zu finden. Wir gehen hierbei von der festgewurzelten Ansicht aus, daß das allgemeine Wohl bei aller und jeder Maßregelung der Presse so direkt betheiligt ist, daß wir alle Preßreate den politischen Verbrechen und Vergehen, was ihre prozessuale Behandlung betrifft, unbedenklich als ganz gleich und ebenbürtig anreihen. Ja wir gestehen weiter, daß für uns dieses ganze Gesammtgebiet eine so überwiegende Wichtigkeit hat, daß wir im Allgemeinen nur das Große Schwurgericht als die entsprechende Korporation für den Ausspruch des Schuldig und Nichtschuldig erachten und uns höchstens bezüglich der bloßen Privatinjurien zu einer Ueberweisung an eine Mittlere oder Kleine Jury verstehen könnten.

Wir verweisen gerade in Beziehung auf die Presse auf die sehr lehrreiche Geschichte der Ausbildung der englischen Libellgesetzgebung und sind den „Anlagen" der Motive für die diesbezüglichen wenn auch kurzen Andeutungen in der überaus verdienstlichen Zusammenstellung besonders dankbar, welche die V., 43 Seiten umfassende Abhandlung über „die Rechtsfindung im Geschworenengericht"*) bildet. —

Nur ein paar spezielle Bemerkungen erlauben wir uns gegenüber einzelnen Aufstellungen in dieser Abhandlung schon jetzt und noch vor Veröffentlichung jenes eventuellen auf Schwurgerichte berechneten Entwurfes anzureihen. Wir sind durchaus mit ihnen einverstanden, wenn sie in durchaus objektiver und sehr fein und streng historisch gehaltener Entwickelung die Verwickeltheit der französischen Fragestellung gegenüber der einfachen Aufgabe der englischen Jury im Verhältniß zur englischen Anklageakte in's hellste Licht setzen. Es ist gar keine Frage, die englische Einfachheit der Procedur hierbei, die Zugrundelegung lediglich der einzelnen Paragraphen oder Abschnitte der Gesammtanklageakte (in welcher auch die Eventualanklagen eingereiht sind), die Mündlichkeit der Antwort der Geschworenen, welche erst bei ihrer öffentlichen Verkündigung zu Gerichtsprotokoll geschrieben werden, und dergleichen werden als Vorbilder im Auge zu behalten sein. Es ist ferner keine Frage, daß die Fragestellung des Präsidenten und beziehungsweise des Schwurgerichtshofes auch dann,

*) Anlagen, S. 199—242.

wenn man sich — wenigstens nicht sogleich — zur Annahme der englischen Prozedur entschließen kann, einer besonderen legislatorischen Nachhülfe zu den schon bisher in Deutschland erreichten Verbesserungen bedarf.

Ebenso sind wir durchaus mit derselben Abhandlung einverstanden, wenn sie recht augenscheinlich an der neueren Entwickelungsgeschichte des deutschen Schwurgerichtes zeigt, wie der französische Gedanke der Trennung der That- von der Rechtsfrage sich als ein unhaltbarer erwiesen habe und daß nothwendig, wie ursprünglich in dem Guilty, so auch in dem deutschen Verdikt (wie übrigens auch in dem späteren französischen) die Rechtsfrage gewissermaßen untrennbar mitinbegriffen liegt. Gleichwohl ist die englische Rechtsgeschichte und die Entwickelung der diesbezüglichen englischen Rechtsmittel wieder sehr lehrreich und im Ganzen in jener „Anlage" richtig und verständlich dargelegt, daß gegenüber diesem Umstande eben doch die Rechtsanschauung des englischen Richters oder vielmehr der beiden in solchen Zweifelsfällen gewöhnlich zusammen berathenden englischen Richter und der deutschen Schwurgerichtshöfe zu einer gewissen endgültig entscheidenden Geltung gelangt.

Gerade hierin erblicken wir für unseren Theil einen höchst erwünschten Berührungs- und beziehungsweise Streitpunkt zwischen der durch die Jury vertretenen Volksanschauung einer- und der von den Richtern andererseits vertretenen juristisch-wissenschaftlichen Anschauung; nach unserer Beobachtung, wenigstens in Bayern, hat sich gerade an diesen Punkt eine Jurisprudenz über den Begriff von einzelnen Verbrechen und Vergehen, über die Eigenschaft von faktischen und Rechtsbegriffen u. dgl. geknüpft, welche mit zu den schönsten Blüthen der deutschen Rechtsentwickelung zu rechnen sein dürfte.

Nicht nur einen Nachtheil, sondern geradezu einen Vortheil und zwar einen solchen von unschätzbarem Werthe sind wir unsererseits in diesem zugestandenermaßen schwierigsten und heikelsten Punkte zu erblicken geneigt.

Ehe wir endlich diesen Gegenstand ganz verlassen, haben wir ein Wort über die Idee zu sagen, den (obersten) Reichsgerichtshof zur einzigen sowohl untersuchenden als aburtheilenden Instanz über die politischen Reate zu machen. Wir würden dies schon aus dem einen Grunde auf's tiefste beklagen, weil wir unter Umständen mit Sicherheit befürchten zu müssen glaubten, daß auf solche Weise der Reichsgerichtshof von Anfang an nicht nur um alle Popularität kommen sondern auch vielleicht jedes Vertrauen in seine Rechtsprechung in Frage stellen würde. Vorausgesetzt, daß der Reichsgerichtshof ohne Geschworene, gleichviel ob sodann etwa in sehr großen Senaten oder sogar in seinem Plenum, das Urtheil zu fällen hätte, es würde ihn zeitweise ganz sicher ein Schicksal treffen, wie wir uns in Süddeutschland bezüglich eines preußischen obersten Gerichtshofes noch sehr lebhaft erinnern und wir möchten recht ernstlich die Frage zur Erwägung anheim geben: ob es gerathen erscheinen kann, mitten in der annoch noch immerhin bestehenden ultramontanen und partikularistischen Agitation besonders in den süddeutschen Staaten, wie übrigens auch in den preußischen Rheinlanden und anderwärts, ein Experiment zu versuchen und an die Stelle eines gar sehr verschiedenen, gerade in Bezug auf

alle politischen Reate bestandenen Gerichtsverfassungszustandes zu setzen, an welchem man überall, besonders in Süddeutschland, mit der größten Treue und Wärme hängt.

Wir müssen übrigens die weitere Ausführung auf jene Zeit versparen, in welcher durch Veröffentlichung des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes der Ernst direkter herangetreten sein wird.

---

Wir verlassen von jetzt an die Gerichtsverfassungsfragen und werden uns im Folgenden, wenigstens für dieses Mal, der größtmöglichsten Kürze befleißigen und theilweise nur auf Andeutungen uns beschränken.

Was die Gerichtsstände betrifft, begrüßen wir es, daß der Entwurf zwei elektive ordentliche Gerichtsstände kennt, nämlich neben dem der begangenen That den des Wohnortes.

Die Voruntersuchung zusammt der Frage der Untersuchungshaft scheint uns im Einzelnen, trotz der besonders in den Motiven ganz richtig an die Spitze gestellten, an das englische Recht anlehnenden sich Prinzipien, gleichwohl noch sehr in den entgegengesetzten deutschen Systemen hängen geblieben zu sein, obwohl man es sogar für entsprechend gehalten hat, in den „Anlagen" eine besondere gleichfalls sehr schätzenswerthe Abhandlung über die englische Voruntersuchung zu liefern und insbesondere einen Auszug aus dem neuesten englischen das ganze Verfahren so ziemlich kodifizirenden Gesetze über die Voruntersuchung*) anzureihen.

Eins müssen wir hier besonders hervorheben. Das Institut der Staatsanwaltschaft**) ist leider keineswegs nach englischem Vorbilde sondern im Gegentheile nach der gerade in diesem Punkte keineswegs besonders zu lobenden französischen Gesetzgebung ausgestattet. Vor Allem ist die Privatklage neben der Staatsanwaltschaft in einer Weise eingeschränkt, daß wir selbst bei voller Würdigung der annoch bei uns in Deutschland, verschieden von den englischen, bestehenden Zustände, uns unmöglich einverstanden erklären können.

Alles, was im Ganzen und Großen der Entwurf nach dieser Seite hin bietet, beschränkt sich auf Folgendes:

> „Dem durch eine strafbare Handlung Verletzten ist a) bei allen „strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf „Antrag eintritt, b) oder bei denen der Strafrichter auf eine „an den Verletzten zu erlegende Buße erkennen kann, das „Recht der subsidiären Privatklage gewährt, d. h. der Verletzte ist befugt, die Privatklage dann zu erheben, wenn die „Staatsanwaltschaft die Erhebung der öffentlichen Klage — „abgelehnt hat." (§. 282.)

---

*) Es ist dies: 11 and 12 Vict. cap. 42 „An Act to facilitate the performance of the duties of Justices of the Peace out of sessions (d. h. der Friedensrichter außerhalb ihrer regelmäßigen, wie die Assisen mit Geschworenen arbeitenden, Vierteljahrssitzungen quartersessions)— with respect to persons charged with indictable offences (d. h. in Bezug auf strafbare Handlungen jeder Art).

**) Ueber die Stellung der Staatsanwaltschaft überhaupt und in der Voruntersuchung insbesondere, s. Motive S. 116. Insbesondere ist derselben auch (wogegen wir nichts zu erinnern finden) der ganze Strafvollzug überwiesen. §. 365.

Man vergleiche nun hiermit §. 145, wo Absatz 1 bestimmt:

„Der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung der Vor„untersuchung muß den Beschuldigten und die ihm zur Last „gelegte That bezeichnen."

und §. 129, welcher lautet:

„Die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung ist durch die „Erhebung einer Klage bedingt".

§. 130: „Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staats„anwaltschaft berufen."

§. 131: „Die Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nur „auf die in der Klage bezeichnete That und die darin beschul„digten Personen."

Uns scheinen diese Bestimmungen in ihrem Zusammenhalte und in ihren effektiven Folgen so inhaltsschwer, daß wir uns vergeblich nach ausreichenden Motiven umgesehen haben. Wir haben z. B. den Fall im Auge, daß der Staatsanwalt aus irgend welchen „höheren Rücksichten" oder dergl. für gut findet, für ein gewisses kitzliches Reat einen Strohmann als Beschuldigten zu benennen. Soll der Private nicht das Recht haben, statt sich auf die Beschwerde an die staatsanwaltschaftlichen Oberbehörden bis zum Justizministerium hinauf verwiesen zu sehen, den wahren oder vermuthlichen Thäter richtig zu benennen und die Untersuchung wirklich in Gang zu bringen? Vielleicht interpretiren wir in der gebotenen Eile irrig, aber die als allein entscheidend von uns gefundenen obigen Gesetzesstellen lassen einen solchen Zweifel vollständig zu. Alles aber, was wir in den Motiven gefunden haben, beschränkt sich im Allgemeinen auf Folgendes. Sie sagen (S. 104):

„Diejenige Klage, welche Namens des Staates von den Organen „des letzteren erhoben wird, bezeichnet der Entwurf — als „öffentliche Klage, im Gegensatze zur Privatklage, welche von „dem Verletzten erhoben wird (§. 282). Zur Erhebung der öffent„lichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen (§. 130). Die „allgemeine und nur bei den sog. Antragsdelikten eingeschränkte „Pflicht des Staates, bei strafbaren Handlungen die Bestrafung „des Schuldigen herbeizuführen, auch wenn der durch die Hand„lung Verletzte keinen Antrag auf Bestrafung stellt, wird hier „als begründet vorausgesetzt. Eine ausdrückliche Anerkennung der „sogen. Officialmaxime ist von dem Entwurfe für entbehrlich „erachtet worden".

Das Ganze, was sonst noch an das Akkusationsprinzip anklingt, besteht sodann wesentlich in Folgendem:

„In gleichem Umfange (§. 282) steht, wenn der Staats„anwalt seinerseits die öffentliche Klage erhoben hat, „es dem Verletzten zu, sich behufs des Betriebes der Strafverfol„gung als Nebenkläger anzuschließen. §. 314.

Endlich kann „auf Antrag des Verletzten der Strafrichter „auch über die vermögensrechtlichen Ansprüche, welche „dem Verletzten aus der strafbaren Handlung erwachsen sind, „entscheiden." §. 322. Aber auch dies Recht ist wieder beschränkt.

§. 323: „Die Geltendmachung eines vermögensrechtlichen An„spruches vor dem kleinen Schöffengerichte ist ausgeschlossen, wenn

„bei Verfolgung des Anspruches im Civilverfahren das Amts-„gericht (also bis 150 Thlr.?) zuständig sein würde. — Vor dem „Mittleren und dem Großen Schöffengerichte kann ein vermögens-„rechtlicher Anspruch nicht geltend gemacht werden, wenn bei Ver-„folgung desselben im Civilverfahren weder das Landgericht noch „das Amtsgericht (also z. B. das Handelsgericht) zuständig sein würde".

§. 326: „Beweiserhebungen über Thatsachen, auf welche der „Anspruch des Civilklägers gegründet wird, sowie über den Gegen-„stand desselben finden nur insoweit statt, als sie zugleich für das „Strafverfahren erforderlich sind oder die Erledigung der Straf-„sache durch sie nicht aufgehalten wird. (Zu billigen!) Anderen-„falls wird der Civilkläger mit seinem Anspruch an das Civil-„gericht verwiesen".

Begrüßen müssen wir die Bestimmungen des Entwurfes als anerkennungswerthen Anfang, den Durchbruch der Anerkennung des gleichen Rechtes des Angeschuldigten mit dem Rechte der Staatsbehörde schon von der Voruntersuchung an. §. 120 bestimmt:

„Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens „des Beistandes eines Vertheidigers bedienen".

Aber schon im folgenden Paragraphen ist (wie wir das leider überhaupt häufiger als nothwendig zu finden glauben) eine das Recht auf ein unter Umständen und an gewissen Orten beinahe bedeutungsloses Minimum einschränkende Bestimmung. §. 121 nämlich lautet:

„Zu Vertheidigern können die bei einem deutschen Gerichte „zugelassenen Rechtsanwälte, sowie die Rechtslehrer an „deutschen Hochschulen gewählt werden."

Wie aber, wenn keine solchen, wenigstens letztere nicht, am Orte der Voruntersuchung aufzutreiben sind, und (die Hauptsache!) wenn der Angeschuldigte — wie das meistens buchstäblich der Fall ist — kein oder nicht viel Geld hat?

Die Motive geben ihm dafür auch keinen Trost, wenn sie sagen:

„Gebietet einerseits die Rücksicht auf den Beschuldigten, dem-„selben einen möglichst weiten Kreis für die Auswahl des Ver-„theidigers zu gewähren, so fordert andererseits die Rücksicht auf „die staatlichen Ziele der Strafrechtspflege, daß nur solche Personen „als Vertheidiger zugelassen werden, die eine äußere Gewähr „dafür geben, daß sie — „„die volle (?) Einsicht in die Pflichten „ihres Berufes als Vertheidiger besitzen.""

Wir glauben nicht, daß, wie die Motive meinen, durch die Gesetzesbestimmung „nach beiden Richtungen in geeigneter Weise Vorsorge getroffen ist",*) wir sind vielmehr des Dafürhaltens, daß der Kreis viel weiter gesteckt werden muß und auch ohne alle Nachtheil viel weiter — jedenfalls auf die geprüften Referendare und Rechtspraktikanten — ausgedehnt werden kann.

Was wir überhaupt am Entwurfe sehr loben, ist, daß derselbe auch diesbezüglich auf eine erschöpfend sein wollende Kasuistik in keiner Weise eingeht, wenn auch §. 154 mit Recht aushebt:

*) Seite 98.

„Der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und dem Verthei-
„diger muß auf ihr Verlangen gestattet werden, der Vernehmung
„der Zeugen und Sachverständigen und der Einnahme des Augen-
„scheines (während der Voruntersuchung) beizuwohnen. Von den
„Terminen zur Einnahme des Augenscheines sind die zur Anwe-
„senheit Berechtigten vorher zu benachrichtigen, — „„soweit dies
„ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann““ (?). Auf Ver-
„legung eines Termines wegen Behinderung haben dieselben keinen
„Anspruch.“

Nicht umhin können wir, gegenüber der Mangelhaftigkeit und Engherzigkeit der Ausführung des Prinzipes darauf hinzuweisen, daß das Prinzip selbst in den Motiven ganz richtig und mit aller Schärfe anerkannt ist. Dieselben sagen *):

„Als man in Deutschland an die Stelle des geheimen schriftlichen Inquisitionsprozesses ein mündliches und öffentliches Anklageverfahren setzte, ließ man neben demselben eine Voruntersuchung bestehen, welche nur mittelbar von den neuen Grundsätzen berührt wurde. Man ist damals dem Vorbilde des französischen Rechtes gefolgt, in welchem man eine geheime schriftliche Voruntersuchung mit einem mündlichen und öffentlichen Hauptverfahren verschmolzen fand; dagegen glaubte man das englische Recht, in welchem auch die Voruntersuchung ein öffentliches und mündliches Anklageverfahren darstellt, nicht nachahmen zu sollen. Inzwischen hat die Beibehaltung der geheimen und schriftlichen Voruntersuchung zu mannigfachen Reformwünschen Veranlassung gegeben, namentlich auch zu dem Verlangen nach Oeffentlichkeit, welches unter Anderem in einem Beschlusse des deutschen Juristentages dahin seinen Ausdruck fand: daß die Oeffentlichkeit, mindestens die Parteienöffentlichkeit, auch für die Voruntersuchung als Regel anerkannt werden möge. In Frankreich hat sich die Voruntersuchung in ihrer bisherigen Gestalt nicht bewährt. Als der kaiserliche Siegelbewahrer in einem Berichte an den Kaiser unter dem 12. Mai 1870 eine Revision der gesammten französischen Justizgesetzgebung in Vorschlag brachte, äußerte er sich über die Nothwendigkeit einer Umgestaltung der Voruntersuchung dahin: La procédure pénale a été divisée par les lois . . . en deux phases: celle de l'information ou instruction préparatoire, restée sous le coup du régime inquisitorial; celle de la procédure de jugement, placée sous les règles du régime accusatoire . . . . Le temps est venu de rechercher, si l'on ne pourrait pas, sans danger pour la société, réduire la part laissée au système inquisitorial . . . Auch in Belgien werden Stimmen laut, welche an Stelle des französischen Systemes eine öffentlich-mündliche und öffentliche Voruntersuchung nach englischem Vorbilde verlangen. Gegenüber diesen Bestrebungen kann eine Rechtfertigung der Bestimmungen des Entwurfes auf diesem Gebiete nicht unternommen werden, ohne auf die Bedeutung der Voruntersuchung im heutigen Verfahren näher einzugehen und namentlich das französische und das englische System in ihrer grundsätzlich verschiedenen Auffassung der Voruntersuchung einander

*) Seite 110.

gegenüber zu stellen. Es wird deshalb die folgende Entwickelung einigermaßen aus dem Rahmen heraustreten, welchen die Motive sonst inne zu halten bestrebt sind.

Folgt nun eine, was das Prinzipielle betrifft, sehr bedenkliche Scheidung von Anklageform und Anklageprinzip, — deren Lektüre wir dem Leser empfehlen. Wohl aber wollen wir zu allgemeinem Nutz und Frommen wieder das wörtlich abdrucken, was in den Motiven *) sodann über die Voruntersuchung in England zusammenfassend bemerkt ist.

„Die Anklageform des Hauptverfahrens in der eben geschilderten Bedeutung ist nur in England, und selbst dort nicht in vollem Umfange, auf die Voruntersuchung übertragen. Bekanntlich ist in England die Voruntersuchung nicht ein nothwendiger Bestandtheil des Verfahrens, weil in jedem Falle dem Ankläger unbenommen ist, seine Anklage unmittelbar vor die Große Jury zu bringen, welche über die Zulassung derselben nach selbstständiger Prüfung der Belastungsbeweise befindet. Andererseits wird aber auch durch eine stattgehabte Voruntersuchung das Verfahren vor der Großen Jury nicht entbehrlich. Die Voruntersuchung hat nur den Zweck, dem Friedens- oder Polizeirichter, welcher mit derselben befaßt ist, ein Urtheil darüber zu ermöglichen, ob genügender Grund vorliege, das Erscheinen des Beschuldigten vor dem erkennenden Gerichte durch Haft oder Bürgschaft zu sichern. Die diesen Zweck verfolgende englische Voruntersuchung bewegt sich, ebenso wie das Hauptverfahren selbst, in der Anklageform. Der Richter wird durch die Anträge des Anklägers mit der Sache befaßt, und dem Ankläger wie dem Angeschuldigten bleibt es überlassen, den Belastungs- und Entlastungsbeweisen mit Hülfe der (wenigstens in den großen Städten anerkannt tüchtigen) Kriminalpolizei selbst nachzuforschen und dieselben dem Richter zu unterbreiten. Die Thätigkeit des letzteren ist vorwiegend eine prüfende und urtheilende. Ist hiermit die Anklageform verwirklicht, so kommt daneben das inquisitorische Prinzip auch in der englischen Voruntersuchung sehr bemerkbar zur Geltung. Einerseits giebt der Richter dem Ankläger Fingerzeige, nach welcher Richtung hin der Belastungsbeweis der Vervollständigung bedürfe, und er hat die Obliegenheit, bei Mangel eines freiwilligen Anklägers eine geeignete Persönlichkeit zum Betriebe der Anklage zu verpflichten und erforderlichen Falles durch Zwangsmittel dazu anzuhalten; ja es bedarf nicht einmal der fortwährenden Anwesenheit und Mitwirkung des Anklägers in den Terminen der Voruntersuchung. Andererseits kommt der Richter auch dem Vertheidigungsbeweise zu Hülfe, wie schon der unangefochten das ganze Strafverfahren beherrschende Rechtssatz: „the judge is the counsel of the prisoner" — erkennen läßt. Immerhin aber bleibt es in der englischen Voruntersuchung vorzugsweise die Sache der Parteien, ihre Rechte selbst wahrzunehmen, und indem der Richter nur ergänzend in die Verrichtungen der Anklage und der Vertheidigung einzugreifen braucht, wird die prüfende und urtheilende Thätigkeit des englischen Untersuchungsrichters in größerer

---

*) Seite 113.

Reinheit gewahrt, als es ohne die Anklageform des Verfahrens möglich wäre. Eben darin beruht auch hier der wohlthätige Erfolg der Anklageform, daß sie für die Anklage und die Vertheidigung besondere Organe schafft und dieselben mit entsprechenden Befugnissen ausstattet, auf diese Weise aber in der Stellung des Richters die prüfende und urtheilende Thätigkeit mehr in den Vordergrund treten läßt und so dem richterlichen Urtheile eine größere Unbefangenheit sichert. Insbesondere ist hervorzuheben, daß man gegenwärtig in England die Befugniß des Beschuldigten sich schon in der Voruntersuchung eines Vertheidigers zu bedienen, als ein von dem Ermessen des Richters unabhängiges Recht desselben betrachtet."

Zu den über die Stellung des Beschuldigten im Entwurfe getroffenen Bestimmungen selbst sagen endlich die Motive:*)

„Der Entwurf gestattet bei allen gerichtlichen Beweiserhebungen in der Voruntersuchung die Anwesenheit des Beschuldigten wie seines Vertheidigers. Eine vorgängige Benachrichtigung derselben von den Terminen schreibt er vor, wenn es sich um Augenscheinseinnahmen handelt, übrigens nur unter der Voraussetzung, daß die Benachrichtigung ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann. Ohne die letztere Beschränkung würde der Erfolg der Untersuchung häufig in Frage gestellt werden während andererseits angenommen werden kann, daß der Beschuldigte in den meisten Fällen in der Lage sein wird, sich auch ohne ausdrückliche Benachrichtigung von den Maßnahmen des Gerichtes rechtzeitig Kenntniß zu verschaffen. Noch weniger Bedenken kann gegen die weitere Beschränkung obwalten, daß die Betheiligten eine Terminsverlegung wegen Behinderung niemals beanspruchen können, da eine gleichzeitige Behinderung des Beschuldigten und seines Vertheidigers nicht leicht eintreten wird und dem ersteren selbst in diesem Falle unbenommen bleibt, an Stelle des ursprünglich erwählten Vertheidigers einen anderen abzusenden. Daß es für die Vertheidigung von größter Wichtigkeit ist, schon in der Voruntersuchung den gerichtlichen Beweiserhebungen, namentlich solchen Akten, welche in der Hauptverhandlung nicht wiederholt werden, beiwohnen zu dürfen, wird allgemein zugegeben und ist theilweise auch in den bestehenden deutschen Gesetzgebungen anerkannt. Es ist hierüber in den Motiven zu §. 120 das Nähere bemerkt. Aber auch dem Richter darf die Gegenwart des Vertheidigers und der Staatsanwaltschaft willkommen sein, da er von denselben für die Lösung der schwierigen Aufgabe, mit gleicher Sorgfalt auf alle für die Anklage wie für die Vertheidigung erheblichen Umstände Bedacht zu nehmen, eine wesentliche Unterstützung erwarten darf. Man könnte Anstand nehmen auch dem Beschuldigten selbst den Zutritt zu den Beweiserhebungen zu gestatten, weil dadurch Kollusionen möglich werden. Zur Abwendung dieser Gefahr wird im §. 156 bestimmt, daß der Beschuldigte von der Theilnahme an einer Verhandlung ausgeschlossen werden könne, wenn zu besorgen steht, daß die zu vernehmenden Personen durch seine

*) Seite 117.

Gegenwart in einer der Ermittelung der Wahrheit nachtheiligen Weise beeinflußt werden könnten. Damit aber auch in Fällen dieser Art der Beschuldigte nicht in Ungewißheit über den Stand der Untersuchung bleibe, ist die Vorschrift hinzugefügt, daß derselbe nach Beendigung der Vernehmung von dem Inhalte der Aussagen in Kenntniß gesetzt werden muß."

Anzuerkennen ist es als ein — wenn auch ebenfalls nur als ein durch Ausnahmen wieder gar sehr eingeschränkter — Anfang, wenn §. 103 bestimmt wird:

„Ein Beschuldigter, dessen Verhaftung lediglich wegen des „Verdachtes der Flucht angeordnet ist, kann bis zum Erlaß „eines auf Strafe lautenden Urtheiles mit der Untersuchungshaft „verschont werden, wenn jener Verdacht durch Sicherheits- „leistung ausgeschlossen wird."

§. 104. „Die Sicherheitsleistung ist durch Hinterlegung in „baarem Gelde oder in Werthpapieren oder mittelst Bürgschaft „geeigneter Personen zu bewirken. Die Höhe und die Art der zu „leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen „festgesetzt."

Die Motive *) bemerken hierzu:

„§. 103 gewährt dem Beschuldigten einen Anspruch auf Freilassung gegen Sicherheitsbestellung in ausgedehntem Maße, und nur mit der einen aus der Natur der Sache folgenden Einschränkung auf solche Fälle, in welchen die Verhaftung nicht zur Vermeidung von Kollusionen erfolgt ist. Denn die letztere Gefahr kann begreiflich durch keine Kaution beseitigt werden, und selbst die englische Gesetzgebung, obgleich sie eine Kollusionshaft nicht ausdrücklich anerkennt, scheint doch bis zu einem gewissen Grade auch die Möglichkeit einer Gefährdung des Untersuchungszweckes durch Kollusionen berücksichtigt zu haben, indem sie in einer Reihe von Fällen jede Freilassung gegen Sicherheit ausschließt, in anderen dieselbe wenigstens nicht als ein Recht des Beschuldigten betrachtet wissen will, vielmehr lediglich von dem Ermessen des Richters abhängig macht." **)

Beinahe unbedingt einverstanden erklären müssen wir uns mit den über das Hauptverfahren vor den verschiedenen Gerichten getroffenen Bestimmungen (Abschnitt VI. des II. Buches) *), insbesondere auch mit dem wie wir glauben sehr glücklich durchgeführten Grundsatze, daß hierbei im Allgemeinen ein Kontumazialverfahren nicht gestattet wird. Auch nach unserer Erfahrung ist es unwürdig, daß bisher bei Vergehensfällen von einigen deutschen Gesetzgebungen, darunter der bayerischen, auch anwesenden Beschuldigten ganz allgemein das Recht eingeräumt war, bei der Hauptverhandlung ohne allen und jeden reellen Nachtheil beliebig wegzubleiben und lediglich ruhig abzuwarten, ob ihm das in seiner Abwesenheit gefällte Urtheil recht sein werde oder nicht, und in letzterem Falle auf sein Verlangen sofort wieder

*) Seite 85.

**) Was die Beibehaltung des sicheren Geleites (§. 233, vergl. Motive S. 205) betrifft, so müssen wir uns gegen dieselbe, als gegen das heutige Rechtsbewußtsein verstoßend, erklären.

***) §. 182 bis 222.

zu einem neuen Hauptverfahren bereit zu sein, bei welchem es auch wieder erst von dem Belieben des Beschuldigten abhing, ob er nun doch endlich in Person oder durch einen Bevollmächtigten erscheinen wollte. Für ähnlich ungeeignet haben wir immer gehalten, wenn unter Anstrengung eines immerhin großen Apparates gegen Abwesende „in contumaciam" ein Urtheil gefällt wurde, welches an sich auch nicht den mindesten Werth hatte, indem der endlich erscheinende oder verhaftete Angeklagte beliebig eine neue Verhandlung verlangen konnte.

Dem Allen hat der Entwurf ziemlich sichere Riegel vorgeschoben, indem er im Allgemeinen jedes Kontumazialverfahren für unstatthaft erklärt *) und nur in ganz unbedeutenden Vergehensfällen **) ausnahmsweise und auch da nur mit der Beschränkung zuläßt, daß das Gericht das persönliche Erscheinen des Beschuldigten immer anordnen kann. —

Auch die Vorsichtsbestimmungen scheinen uns ausgezeichnet praktisch, welche es für unschädlich erklären, wenn es umgekehrt einem erschienenen Beschuldigten erst während der Sitzung einfallen sollte, sich von der Hauptverhandlung wieder zu absentiren; vorausgesetzt, daß der vorsitzende Richter nicht vorher von seiner Befugniß einen glücklichen Gebrauch gemacht hat, die Möglichkeit einer solchen Absentirung von vorn herein abzuschneiden. ***)

Ebenso glauben wir uns im Allgemeinen unbedingt mit dem gerichtlichen sowohl, als sogar dem polizeilichen Mandatsverfahren einverstanden erklären zu sollen. †)

Daß der Entwurf das ganze Institut der Berufung ausgemerzt hat, ††) begrüßen auch wir geradezu als einen Fortschritt, umsomehr, als wir nach unserer eigenen richterlichen Erfahrung überzeugt sind, daß die Gerichte sich der definitiv entscheidenden Wichtigkeit ihres Urtheiles bewußt sein und doppelten Ernst und Sorgfalt in der Fällung desselben, im Zweifel eher zu Gunsten des Beschuldigten, anwenden werden.

Dem gegenüber begrüßen wir es gewissermaßen als eine doppelte Errungenschaft, daß das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederaufnahme des (durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen) Strafverfahrens endlich die von der deutschen Wissenschaft der französischen willkürlichen Beschränkung entgegengesetzte Ausdehnung gefunden hat.

§. 268 bestimmt: „Die Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Urtheiles zu Gunsten des Verurtheilten findet statt:

1) wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Ungunsten vorgebrachte Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
2) wenn durch Beeidigung eines zu seinen Ungunsten abgelegten Zeugnisses oder abgegebenen Gutachtens der Zeuge oder Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
3) wenn bei dem Urtheil ein Richter oder Schöffe oder in dem Verfahren ein Dolmetscher mitgewirkt hat, welcher sich in

*) §§. 283, 185 ff.
**) §. 187.
***) §. 186.
†) §. 337 ff. (Motive S. 280), §. 342 ff.
††) Motive S. 8, 206, §. 248. „Anlagen" S. 1 bis 95.

Beziehung auf die Sache einer Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;

4) wenn ein civilgerichtliches Urtheil, auf welches das Strafurtheil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil aufgehoben ist;

5) wenn neue Thatsachen vorliegen, aus denen sich ergiebt, daß die That, wegen welcher er verurtheilt wurde, entweder gar nicht begangen worden ist oder von ihm nicht hat begangen werden können. *)"

So sehr wir aber, wie gesagt, mit der in Ziffer 5 getroffenen Ausdehnung einverstanden sind, so sehr wir ferner mit dem Grundsatze der Gleichheit der Rechte des Anklägers und der des Beschuldigten **) prinzipiell einverstanden sind, so müssen wir uns doch ebenso entschieden gegen die neue zum Nachtheile des Beschuldigten ebenfalls proponirte Ausdehnung erklären. Es bestimmt nämlich §. 271:

„Die Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Urtheiles zum Nachtheil des Angeklaaten findet statt:

1) wenn eine in der Hauptverhandlung zu Gunsten des Angeklagten vorgebrachte Urkunde fälschlich angefertigt oder verfälscht war;

2) wenn durch Beeidigung eines zu Gunsten desselben abgelegten Zeugnisses oder abgegebenen Gutachtens der Zeuge oder Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;

3) wenn bei dem Urtheil ein Richter oder Schöffe oder in dem Verfahren ein Dolmetscher mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf die Sache einer Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist."

Wir glauben nämlich, daß in dieser Richtung zu dem einen Grundsatze, daß eine Strafsache endlich einmal ihr definitives Ende erreichen solle und zu dem Axiom „ne bis in idem" *) die weitere Rücksicht, daß in jedem Zweifelsfalle auch der Gesetzgeber sich für das Interesse des Beschuldigten entscheiden solle, noch hinzukommt und daß hierdurch die Streichung dieser Bestimmung dringend verlangt werde.

Was endlich das einzige ordentliche Rechtsmittel der Revision **) betrifft, so können wir zwar nicht umhin uns im Allgemeinen durchaus mit dem Entwurfe einverstanden zu erklären, können aber gleich=

---

*) Vergl. hierzu die Anlagen S. 25 ff.; Motive S. 232.

**) Wir heben hier insbesondere folgende Bestimmungen hervor: Auch der Angeklagte ist befugt, zur Hauptverhandlung Zeugen und Sachverständige eventuell (d. h. wenn es auf seinen Antrag nicht der Rechtsanwalt thut) unmittelbar laden zu lassen. (§. 176). Ferner: In der Hauptverhandlung selbst haben Staatsanwalt und Angeklagter das gleiche Recht zur Mitwirkung bei der Beweisaufnahme und kann insbesondere der Präsident auch dem Vertheidiger die Abhör der Zeugen ebenso wie dem Staatsanwalt allein überlassen. Wir wünschen gleich hier, es mögen seiner Zeit die Präsidenten nur recht häufig von dieser Befugniß Gebrauch machen, auf daß durch das Verfahren der endlichen allgemein zwingenden Bestimmung einer künftigen Gesetzgebung vorgearbeitet werde.

wohl unsere erheblichen Bedenken gegen die Beschrankung der ausdrücklich und zwingend aufgestellten Richtigkeitsgründe nicht unterdrücken. Es bestimmt nämlich §. 250 als solche lediglich folgende:

„1) wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
2) wenn ein erkennender Richter von der Ausübung des Richteramtes in dem Rechtsstreit kraft Gesetzes ausgeschlossen war;
3) wenn ein erkennender Richter wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt war, sofern das Ablehnungsgesuch für begründet erachtet wird;
4) wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat;
5) wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft oder einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, stattgefunden hat;
6) wenn das Urtheil auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;
7) wenn ein Urtheil keine Entscheidungsgründe enthält."

Im Uebrigen aber schreibt §. 249 vor:

„Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urtheil „auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Das Gesetz ist ver- „letzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet „worden ist."

Das Bedenkliche an dieser Gesetzesbestimmung ist das Requisit, daß das Urtheil auf der Gesetzesverletzung „beruhen" müsse. Die Motive zu diesem Paragraphen in ihrer wesentlichsten Partie lauten wörtlich:

„Da der höhere Richter auf die rechtliche Würdigung der Sache beschränkt ist, so kann das Rechtsmittel der Revision nur dann von Erfolg sein, wenn von dem Richter erster Instanz eine Verletzung des Gesetzes begangen worden ist. Eine Verletzung des Gesetzes liegt vor, wenn eine Rechtsnorm, deren Anwendung geboten war, nicht angewendet, oder wenn eine Rechtsnorm unrichtig angewendet worden ist. Daraus, daß dem Revisionsrichter eine Beurtheilung des rein Thatsächlichen nicht zusteht, folgt von selbst, daß die Revision nicht auf die Behauptung gegründet werden kann, daß die Art oder die Höhe der Strafe unangemessen bestimmt sei, insofern nur die festgesetzte Strafe innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen liegt. Der Ausdruck „Rechtsnorm" wird hier im weitesten Sinne verstanden. Er umfaßt nicht bloß die ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze, sondern auch alle Grundsätze, welche sich aus dem Sinne und Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften ergeben. Der Entwurf unterscheidet auch nicht zwischen den Normen des materiellen Rechtes und des Prozeßrechtes, und grundsätzlich ist keine Prozeßvorschrift von der Begründung der Revision ausgeschlossen. Als Erforderniß für den Erfolg der Revision wird im §. 249 aufgestellt, daß das Urtheil auf einer Gesetzesverletzung beruhe, d. h. daß ohne Verletzung des Gesetzes die

*) Motive S. 238, Anm. 5.
**) §§. 248 bis 267. Motive S. 8, 206, 216; vgl. mit S. 232.

Entscheidung nicht so hätte ergehen können, wie sie ergangen ist. Nicht eine aus den Entscheidungsgründen sich ergebende, sondern nur eine durch die Entscheidung selbst begangene Gesetzesverletzung kann den Erfolg der Revision begründen. Die unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm ist zur Begründung der Revision nicht geeignet, wenn auch bei deren richtiger Anwendung das Gericht zu derselben Entscheidung gelangt sein würde. Der Erfolg des Rechtsmittels ist also durch einen Zusammenhang zwischen der begangenen Gesetzesverletzung und der Entscheidung selbst bedingt (vgl. Mot. zum Entw. der Civilprozeßordnung S. 374 [? vielmehr S. 410?]). Die Anwendbarkeit dieser Regel ist freilich nicht durchweg eine ganz gleiche. In den Fällen nämlich, wenn die Revision auf die Verletzung einer Prozeßvorschrift gegründet ist, wird der Revisionsrichter bisweilen nicht zu erkennen vermögen, ob und welchen Einfluß die Verletzung auf das Urtheil gehabt habe, so z. B. in dem Falle, wenn dem Angeklagten vor der Urtheilsfällung, der Bestimmung des §. 208 entgegen, das letzte Wort versagt worden ist. In solchen Fällen wird allerdings die Aufhebung des Urtheils erfolgen müssen, insofern nicht bestimmt erhellt, daß die Verletzung einen Einfluß auf das Urtheil nicht gehabt haben könne. Den Maßstab für die Erheblichkeit der Verletzung einer Prozeßvorschrift kann nur die Lage des einzelnen Falles bieten."

Schon dieser letzte von den Motiven selbst für nothwendig gehaltene beschränkende Beisatz rechtfertigt die vollste Vorsicht bei der Fassung des ersten Absatzes von §. 249 und wir behalten uns vor, vielleicht selbst seiner Zeit mit weiteren anderweiten Spezialausführungen eine andere Redaktion der Gesetzesbestimmung zu versuchen. —

---

## 5.

### Der Römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen von O. Karlowa,

ord. Professor des römischen Rechtes an der Universität Heidelberg.
Berlin. Weidmann'sche Buchhandlung. 1872. 8. 396 S.

Besprochen von Herrn Dr. Max Cohn in Heidelberg.

Die vorstehende Schrift steht den Aufgaben unserer Zeitschrift an sich gewiß sehr fern: sie behandelt Rechtsbildungen, die schon vor mehr als zweitausend Jahren im Absterben begriffen waren und durch das klassische römische Recht, wenn wir darunter das Recht der Pandektenjuristen verstehen, verdrängt worden sind. Selbst für das Verständniß dieser Rechtsquellen und damit wieder indirekt für das geltende gemeine Recht ist der Legisaktionenprozeß von verhältnißmäßig geringer Importanz. Indeß, wenn es die Aufgabe der Zeitschrift ist, wenigstens von den bedeutenderen Erscheinungen auf fremden Rechtsgebieten Kenntniß

zu nehmen, so wird eine Erwähnung dieser Schrift gerechtfertigt sein; gleichzeitig sind aber aus diesen Gründen unserer Besprechung enge Grenzen gezogen.

Eine Bearbeitung des römischen Legisaktionenverfahrens ist in dem Umfange, wie es bei Karlowa geschieht, bisher nicht geliefert worden. Die Lehr- und Handbücher des römischen Civilprozesses pflegen diese Lehre nicht mit derselben Ausführlichkeit zu behandeln, wie den Formularprozeß, begreiflich genug wegen ihrer wesentlich geschichtlichen Bedeutung, aber andererseits auch leicht erklärlich aus der höchst fragmentarischen Gestalt unserer Quellen und dem Mangel an monographischen Bearbeitungen einzelner Theile. Ist die Wissenschaft des römischen Civilprozesses überhaupt noch jung, so gilt dies ganz besonders von dem Legisaktionensystem: denn man kann wohl mit Recht sagen, daß man von der Natur dieses Verfahrens vor Auffindung des veronesischen Gajus so gut wie keine Ahnung hatte. Man wird daher dem Verfasser Dank sagen, in seinem Buche eine Grundlage geschaffen zu haben, auf der künftige Arbeiter weiterbauen können.

Der Verfasser freilich steckt seine Grenzen nicht so eng, daß er sich auf die Legisaktionen beschränken wollte. Die Aufgabe seiner Schrift ist Darstellung des Prozesses zur Zeit der Legisaktionen, und ihr Grundgedanke der, daß es in dieser Zeit neben den Legisaktionen noch ein anderes Verfahren gegeben habe. Er will nämlich dem Gegensatze von jurgia und lites eine wesentliche Bedeutung zuschreiben und durch diese Annahme viele dunkele Partien des älteren Civilprozeßrechtes aufklären. Dieser Gegensatz ist ihm ein prozessualer, insofern unter lites die in dem Verfahren der Legisaktionen verhandelten Prozesse, unter jurgia anderweit entschiedene Rechtsstreitigkeiten verstanden werden; er beruht aber gleichzeitig auf dem Gegensatze der Begriffe des jus und der lex, von denen ersteres „nicht in fester, gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Satzung ausgeprägt war, im Volke sich erzeugte und lebte, aber eines Organes bedurfte, das es in jedem einzelnen Falle zeigt und ausspricht" (S. 4). Dieser den zwölf Tafeln voraufgehende Gegensatz schleifte sich ab, indem sich einerseits eine freiere Interpretation der lex Bahn brach, und andererseits die aus dem materiellen Gehalt der menschlichen Verhältnisse abstrahirte Theorie des jus sich entfaltete.

Durch diese Unterscheidung von jurgia und lites setzt sich der Verfasser in Widerspruch mit seinen Vorgängern, die einen solchen Gegensatz entweder gar nicht oder doch nur auf dem Boden des Legisaktionenverfahrens anerkennen wollen. Indeß erscheint mir das Vorhandensein des in Rede stehenden Gegensatzes vom Verfasser nicht erwiesen, geschweige denn, daß demselben für das ältere Recht mit dem Verfasser eine fundamentale Bedeutung beizulegen sein dürfte. Daß die beiden Begriffe im bürgerlichen Leben verschiedene Bedeutung haben und dem jurgium etwa unser „Zwist", der lis etwa unser „Streit" gleichkommt, beweist nicht, daß die beiden Worte in der übertragenen Bedeutung als Rechtsbegriffe nicht identisch gewesen sind. Zwar erscheinen beide Worte häufig neben einander, auch als Rechtsbegriffe; aber nichts hindert hier, eine der Tautologien anzunehmen, wie sie, zumal in der Gesetzessprache des späteren römischen Rechtes, besonders häufig sind. Ist nun so, meines Erachtens, schon der behauptete Gegensatz von lites und jurgia nicht erwiesen, so fällt damit auch der stolze Bau, der sich auf diese Basis

stützt: die Unterscheidung von jus und lex als Rechtsquellen. Es kommt hinzu, daß der Begriff des jus überhaupt nicht recht klar erscheint. Nach den Worten des Verfassers, die oben wörtlich angeführt sind, könnte man glauben, das jus sei Gewohnheitsrecht; aber gerade gegen die Identifikation mit diesem wird Einspruch erhoben.

Der Werth des Karlowa'schen Werkes ruht, m. E., nicht auf diesem an die Spitze gestellten Grundgedanken: er liegt vielmehr in den Einzelausführungen, die, durchweg in einfacher, aber lichtvoller Darstellung vorgetragen, eine reiche Menge von neuen Ergebnissen enthalten. In einem ersten Abschnitte ist die Form des Verfahrens, im zweiten das judicium, im dritten Ort und Zeit der Rechtsprechung und im vierten endlich der Gang des Verfahrens abgehandelt. Außer einer Schlußbemerkung ist als Beilage ein Aufsatz über die Argei beigegeben.

In dem ersten Kapitel des ersten Abschnittes spricht der Verfasser über die modi lege agendi im Allgemeinen. Nach seiner Ansicht ist das Verhältniß, in welchem der auf dem Gesetze ruhende Anspruch (legis actio im materiellen Sinne) mit der jedesmaligen Prozeßart (legis actio im prozessualen Sinne) gestanden hat, nicht der Art gewesen, daß der Prozeß der Legisaktionen als das prius von Alters her überliefert und die nach und nach von den Gesetzen anerkannten Rechte nur in dieselben eingefügt seien. Der Verfasser statuirt vielmehr zwischen dem materiell-rechtlichen und dem prozeß-rechtlichen Bestandtheile der Legisaktionen einen innigen Zusammenhang. Im Einzelnen ist dieser Satz, den Jhering schon früher als besonders fruchtbar einer eingehenden Bearbeitung empfohlen hat, nicht weiter durchgeführt worden. Unter den modi lege agendi ist der Sakramentsprozeß ausgezeichnet. Die Bezeichnung dieses Verfahrens mit dem Worte sacramentum, das auch die Bedeutung eines Eides hat, gab zu der Theorie Anlaß, daß auch im Sakramentsverfahren ursprünglich der Eid eine Rolle gespielt hat, indem nämlich die Parteien ihre beiderseitigen Behauptungen eidlich bekräftigt und das sacramentum als eventuelle Buße für den Falscheid hinterlegt hätten. Dieser Auffassung, für die sich im ältesten deutschen Rechte eine entfernte Analogie findet, schließt sich auch der Verfasser an, freilich mit dem Bekenntniß, daß sich unmittelbare Zeugnisse nicht beibringen lassen, und daß die Definitionen der Grammatiker dieser Ableitung geradezu widersprechen. Auch in der den pontifices vindicirten Stellung als Richter im Sakramentsprozesse findet der Verfasser eine Bestätigung der qu. Hypothese. Für die spätere Zeit giebt Karlowa zu, daß in dem Sakramentsprozesse von einem Eide (sacramentum) nicht mehr die Rede, sonach die fortdauernde Bezeichnung abusiv gewesen sei. Der Sakramentsprozeß bestand damals in dem Eingehen einer sponsio, zugleich pönaler und präjudizieller Natur mit dem gesetzlich auf 50, resp. 500 As festgestellten Sponsionsbetrag. Wenn sich nun der Verfasser zur Erhärtung dessen, daß in der That auch später das sacramentum mit sponsio identifizirt worden sei, auf Gajus IV, 95 beruft, so scheint mir dies auf einem Misverständnisse dieser Stelle zu beruhen: es ist hier nur davon die Rede, daß eine sponsio, sofern der Entscheid darüber vor die Centumvirn gehört, in eine legis actio sacramento auslaufen muß. Gegen die ganze Hypothese von der Anwendbarkeit des Eides im Sakramentsverfahren scheint mir aber auch der Umstand in Betracht zu ziehen zu sein, daß dem Religionsgefühle der Römer der Eid im Prozesse wie eine Blasphemie erscheinen mußte. Denn der

Eid, schon in der profaneren Form des jusjurandum, galt den Römern der ältesten Zeit als so heilig, daß ihnen ein Eidesbruch fast unmöglich schien. Wie verträgt sich damit die tägliche Anwendung im Prozesse, der ja stets zu dem Ergebnisse führen mußte, daß die eine Partei oder nach Karlowa selbst die beiden Parteien sich dieses schwersten aller Verbrechen hatten zu Schulden kommen lassen!

Nach Ansicht des Verfassers konnte nämlich das Urtheil im Sakramentsprozesse, das zunächst darüber entschied, utrius sacramentum justum, utrius injustum sit, sodann aber auch darüber, ob der, welchem die Vindicien, d. i. der provisorische Besitz während des Prozesses, ertheilt worden, mit Unrecht dieselben erhalten habe, entweder das Sakrament der einen oder die Sakramente beider Parteien für verfallen erklären. Denn die Parteirollen seien in dem Sakramentsprozesse nicht in dem Sinne vertheilt gewesen, wie im späteren Prozesse, wo sich der Verklagte abwehrend oder exigirend verhielt. Beide Parteien behaupteten ihr Eigenthum und beide hatten es zu erweisen: falls dies beiden nicht gelang, wurden sie beide verurtheilt. Nach der Ansicht des Verfassers seien daher weder durch die Vindicienertheilung, noch durch die voraufgehenden Akte des vindicare und contravindicare die Parteirollen fixirt worden. In dem Sakramentsprozesse wurden auch die Servitutklagen verhandelt. Die auffallende Thatsache, daß in den Pandekten der Sprachgebrauch befolgt wird, wonach confessoria actio die Klage aus dem Servitutenrechte heißt, mag sie affirmativ oder negativ gefaßt sein, negativa die aus dem Eigenthume gegen Anmaßungen jeglicher Art, also auch die mit affirmativer Fassung, erklärt der Verfasser aus dem Sachverhalt zur Zeit der Legisaktionen. Damals nämlich begann jede das Servitutrecht behauptende intentio stets mit ajo, mochte die Servitut ihrem Inhalte nach affirmativ oder negativ sein. Umgekehrt begann jede intentio, welche das Recht des Eigenthümers der angeblich dienenden Sache geltend machte, mit nego. Im Formularprozeß änderte sich dies, indem der materielle Gehalt von der Formelfassung unabhängig wurde; aber die alte Bezeichnung wurde beibehalten.

Die neuerdings vielfach kontrovertirte Frage, betreffend die Funktion der in rem actio per sponsionem mußte der Verfasser begreiflich gleichfalls in den Kreis seiner Untersuchung ziehen. Er schließt sich der Ansicht Stintzing's an, daß die Sponsion nicht die Uebergangsform von der legis actio sacramento in rem zur formula petitoria bilde, sondern mit der ersteren gleichzeitig sei, und vindicirt ihr für die ältere Zeit die Eigenschaft, als Form für den Eigenthumsprozeß an res nec mancipi zu dienen, da er von der Hypothese ausgeht, daß das Sakramentsverfahren auf die der solennen Uebertragungsform der mancipatio zugänglichen res mancipi beschränkt war: erst nach Aufkommen des gemünzten Geldes habe auch ein Eigenthumsstreit über res nec mancipi im Sakramentsprozeß ausgetragen werden können.

Diese Sätze hängen nämlich mit folgenden Anschauungen des Verfassers zusammen. Von den Rechtsinstituten des ältesten Vermögensrechtes gehört ein Theil dem Rechtsgebiete der lex, ein Theil dem jus an. Der lex angehörig sind die Geschäfte per aes et libram. Das Wesen derselben besteht darin, daß sie, entstanden und in Uebung zu einer Zeit, da es noch keine Münze gab, durch die in Gegenwart von fünf Bürgern erfolgende Zuwägung von Erz als Aequivalent für eine

andere Leistung aus der blos privatrechtlichen Sphäre in die publicistische erhoben werden, und daß demzufolge das so erworbene Recht energischer und mit höherer Gewähr ausgerüstet ist. So sei von den Geschäften per aes et libram, was zunächst den Kauf anlangt, nur der Erwerb für öffentlich zugewogenes aes (mancipatio) unter die Garantie der lex gestellt, und nur ein solcher Kauf Erwerbsgrund des dominium legitimum gewesen. Dies setzt allerdings voraus, daß man sich zu der Ihering'schen These bekennt, wonach ursprünglich nur die sogenannten res mancipi im rechten Eigenthum gewesen sind. Der Verfasser adoptirt denn auch dieselbe, indem er die res mancipi zur familia (Hauseigenthum) rechnet und den letzteren Begriff mit legitimum dominium identifiziert. Mir scheint diese Zurechnung der res mancipi zur familia bedenklich; wenigstens wenn man sie allein damit begründen will, daß die jumenta, also res mancipi, an den feriae der familia Theil nehmen: denn dies ist in gleichem Maße bei anderen Thieren der Fall, die nicht zu den res mancipi gehören, wie beim Hunde. Stand nun der Erwerb von res mancipi unter dem Schutze der lex und übertrug ausschließlich dominium legitimum, so waren darum die res nec mancipi nicht gänzlich rechtlos. Indeß sie wurden nur durch das jus geschützt und ihr Prozeß (per sponsionem) war nur ein jurgium. In ähnlicher Weise hatten sich nexum und mutuum gegenübergestanden, ersteres unter dem Schutze der lex, letzteres des jus.

Dieser Sachverhalt mußte indeß mit Einführung der Münze eine wesentliche Aenderung erfahren: denn mit dem Aufkommen der pecunia signata forma publica verlor das gestum per aes et libram, das bisher durch das Zuwägen des aes, als eines Surrogates der Münze, eine Reihe von Geschäften vor anderen Akten ausgezeichnet hatte, seine ursprüngliche Bestimmung. Wann zuerst Geld geprägt wurde, ist bekanntlich bestritten, indem Mommsen, ein non levis auctor, wie Horaz vom Pythagoras sagt, geneigt ist, die Einführung des geprägten Geldes als Bestandtheil der Decemviralgesetzgebung aufzufassen; ich theile indeß die Ansicht Karlowa's, daß die Annahme eines so späten Ursprunges mit den Quellen unvereinbar ist: nicht allein der Schluß aus der angeblichen Thatsache, daß man im Jahre 300 resp. 302 p. u. c. noch Viehbußen festgesetzt und daher das Geld nicht gekannt habe, ist gewagt, sondern auch, m. E., diese Thatsache irrig, wie gelegentlich nachgewiesen werden wird. Mit dem Aufkommen des Geldes wurden nun die Geschäfte per aes et libram zu Scheingeschäften: denn von einer wirklichen Zuwägung des aes konnte nun nicht mehr die Rede sein. Die Mancipation verliert ihren obligatorischen Charakter als Kaufgeschäft und erhält sich als Form der Eigenthumsübertragung der res mancipi. Die Geschäfte an res nec mancipi werden nun auch Kaufgeschäfte, da sie gegen pecunia signata forma publica populi Romani übertragen werden, während sie früher nur Tauschgeschäfte waren, und man schrieb dem Uebergang der Sache dieselbe Wirkung zu, die man früher nur für die res mancipi anerkannt hatte: seitdem wandte man auch bei jenen das Legisaktionenverfahren an.

Die sogenannte legis actio per judicis arbitrive postulationem bringt der Verfasser mit den jurgia in besondere Verbindung. Unter der Herrschaft des jus standen nämlich sowohl Rechtsverhältnisse strikter Natur, als auch solche, deren Gestalt ein incertum ist. „Während sich die Satzung ursprünglich mit diesen Verhältnissen gar nicht befaßt hatte, stellt sie sich bald hie und da über die jurisdictio, — sie giebt in Bezug auf

das eine oder andere dieser Rechtsverhältnisse dem Inhaber der Jurisdiktion auf, dafür einen judex oder mehrere arbitri zu bestellen" (S. 57). Dies zeigt sich z. B. bei allen Verbalkontrakten, die nicht auf römische Bürger beschränkt waren, wie z. B. der Form fide promitto. Während die sponsio unter der lex stand, führt die fidepromissio zunächst nur zu einem jurgium. Es ergingen indeß eine Anzahl leges, welche dieselbe ausdrücklich für klagbar erklärten. Diese leges wiesen den Magistrat an, bei Streitigkeiten aus solchen Geschäften, vermöge seiner jurisdictio, einen judex zu bestellen. Von nun an konnten also derartige Geschäfte durch l. a. per j. post. verfolgt werden. Aehnlich ist nach dem Verfasser der Entwickelungsgang bei den durch einen arbiter entschiedenen Verhältnissen: hierzu seien die Konsensualkontrakte zu rechnen, über deren Alter interessante Aufschlüsse gegeben werden. Der Verfasser entscheidet sich dahin, daß dieselben, wenigstens Kauf und Miethe, schon zur Zeit des Plautus und noch früher zur Zeit des ersten Systematikers, Sextus Aelius (200 v. Chr.), als klagbar vorausgesetzt werden. Dieser Theil der Karlowa'schen Schrift ist ein willkommener Beitrag zur Lösung einer die Geschichte des Obligationenrechtes betreffenden hochwichtigen Frage. — Was die legis actio per manus injectionem betrifft, so ist der Verfasser der Ansicht, daß der Fall des durch legis actio sacramento condemnatus als Prototyp der übrigen Anwendungsfälle gegolten und daß die zahlreichen Gesetze, welche das Anwendungsgebiet dieser legis actio erweiterten, die bezüglichen Ansprüche immer unter den Gesichtspunkt der Damnation gestellt haben. Von besonderem Interesse ist dabei die Untersuchung über den Inhalt der lex Marcia, die den Verfasser zu dem Resultate führt, daß ihre Bestimmungen nicht auf fenus, sondern auf die usurae gehen. „Beim fenus wird die Zinse blos als ein Theil vom Kapital gedacht; fenus bedeutet das produktive Kapital selbst, das Zinsgeschäft und die Zinsen. Dieses unter der Herrschaft der lex stehende verzinsliche Darlehn wurde in der Form des nexum gegeben. Das nur unter der Herrschaft des jus stehende Darlehn des kleinen Verkehres war ursprünglich unverzinslich, der aufblühende Handel und der Geldverkehr mit den Fremden bringt eine neue Art der Zinsen, die usura, hervor." Das Verfahren der manus injectio trägt nach Karlowa durchweg einen pönalen Charakter. Damit stehe im Zusammenhange, daß das Vermögen des von dem Gläubiger getödteten oder verkauften Schuldners dem Gläubiger anheimgefallen sei, da dasselbe durch Untergang des caput des Schuldners herrenlos geworden. Unter partes secare wird eine Theilung in Person und Vermögen verstanden. Die Funktion des vindex faßt Karlowa mit Unger nicht als prozessualische Vertretung auf: vielmehr erkläre sie sich aus dem altrömischen Grundsatze, daß man nicht in einer Person Objekt und Subjekt des Rechtsstreites sein kann. Dagegen theilt er nicht Unger's Ansicht, daß der nun verhandelte Prozeß mit dem vindex eine sacramenti actio in rem über das dem Gläubiger an der Person des Schuldners zustehende jus gewesen sei: ohne freilich über den Fortgang des Verfahrens zu einem irgendwie sicheren Ergebnisse zu kommen. Endlich begegnen wir dem Gegensatze zwischen lex und jus, lis und jurgium auch auf diesem Gebiete. Denn nach dem Verfasser war nur gegen den condemnatus, d. i. gegen den in einer lis verurtheilten Schuldner, die legis actio das geeignete Exekutionsmittel. Wenn dagegen der Magistrat vermöge seiner jurisdictio oder ein von dem jus dicens bestellter



privatus judex ein jurgium schlichtete, so war das Urtheil ein einfaches judicare, der Verklagte judicatus. Eine gewisse Analogie findet der Verfasser im Strafprozesse: dem eigentlichen Comitialverfahren, das im Falle der Verurtheilung zu einer damnatio führte, ging ein magistratisches Verfahren voran, das mit einem judicare abschloß: man könnte es etwa einen Beschluß über Versetzung in den Anklagestand nennen. Dieser Sprachgebrauch bezeugt freilich nur, daß im Kriminalprozesse in einem und demselben Verfahren der Beklagte zuerst judicatus und dann condemnatus war, nicht, wie es der Verfasser für den Civilprozeß statuirt, eine strenge Gegensätzlichkeit beider Begriffe. Dem Verfahren gegen den condemnatus entsprechen nun das duci jubere gegen den judicatus: das, anders als die manus injectio, ein auf Anrufen des Siegers ertheilter Befehl des Magistrates ist, den judicatus in die Privathaft abzuführen und dem Sieger nichts weiter gewährt, als ein jus retinendi.

Für die pignoris capio sind bekanntlich unsere Nachrichten höchst fragmentarisch. Der Verfasser schließt sich der zuerst von Jhering aufgestellten Ansicht an, daß dieses Verfahren bei Bestreitung des Rechtes zur Vornahme der Selbsthülfe zu einem Prozesse geführt habe, indem der Gläubiger das ihm bestrittene Recht zu beweisen gehabt habe. Hierfür führt er das Verhältniß der sicilischen Steuerpächter an, wo nach dem berufenen Edikt des Verres die Steuerpächter die anomale Befugniß gehabt haben, die exekutivische Beitreibung auch nach eingelegtem Widerspruch zu vollziehen, woraus folge, daß gewöhnlich die Pfändung hätte sistirt werden müssen. Indeß setzt dies voraus, daß die exekutivische Beitreibung mit der pignoris capio identifizirt wird: eine Zusammenstellung, gegen die doch recht gewichtige Gründe sprechen, wie sie von Degenkolb (die lex Hieronica, besonders S. 132) auseinandergesetzt worden sind. Auch im weiteren Verlaufe ist die Degenkolb'sche Auffassung, wonach die pignoris capio, analog der magistratischen, lediglich ein Zwangsmittel ist, nicht gewürdigt. Auf diese Weise konnte der Verfasser zu der Vermuthung gelangen, daß das Pfand nach dem Ablauf einer bestimmten, für die Einlösung gesetzten Frist an den Gläubiger zu Eigenthum verfallen konnte. Unter den Fällen, in denen die pignoris capio Anwendung fand, bietet das bereits berührte Pfändungsrecht der Steuerpächter ein besonderes Interesse. Die Vorstellung, daß der Pächter nach römischer Auffassung eine Art Grundrecht erwarb, kann ich nicht theilen; auch bin ich der Ansicht, daß das interdictum de loco fruendo nicht den Zehntpächtern, sondern den Pächtern eines locus publicus gegeben wird. Da nach des Verfassers Auffassung zu Cicero's Zeit die pignoris capio noch in Uebung ist, so erklärt er die auffallende Erscheinung ihres Fortbestehens nach der lex Aebutia damit, daß die Aufhebung der l s a o per pignoris capionem durch die lex Aebutia nicht nothwendig, auch die Abschaffung der durch besondere Gesetze, wie in Sicilien durch die lex Hieronica, eingeführten Pfändungsrechte zur Folge hatte, und daß sonach zu Cicero's Zeit in manchen Provinzen des Reiches ein Pfändungsrecht, in anderen dagegen nur eine petitio bestand. — Was endlich das Verfahren per condictionem betrifft, so meint der Verfasser, daß die Eigenthümlichkeit dieses Verfahrens nicht darin bestanden habe, daß die Denunziation des Klägers ad judicem capiendum außergerichtlich stattgehabt habe, und sonach nur ein Termin in jure abgehalten worden sei. Vielmehr sei ein Termin vorangegangen, in dem der Kläger seine Rechtsbehauptungen, etwa ebenso, wie bei der sacra-

menti actio in personam aufstellte, und im Falle des Widerspruches auf einen Termin nach 30 Tagen ad judicem capiendum condicirte. In diesem erkannte der judex direkt, unmittelbar über die Rechtsbehauptung. Der Zweifel, ob aus dem Vorkommen der sponsio tertiae partis bei der condictio certae creditae pecuniae im Formularprozesse wirklich mit Sicherheit auf diese Sponsion bei der condictio e lege Silia wegen certa res geschlossen werden könne, wird vom Verfasser nicht beachtet. Die Einführung dieser legis actio schreibt er einer späteren Zeit zu, in der man die früher betonten Unterschiede zwischen den Fällen einer Schuld von certa pecunia, von denen die einen zu einem jurgium, die anderen zu einer lis führten, als unwesentlich anzusehen anfing, und aus allen diesen Fällen den Begriff des credere und als gemeinsamen Inhalt der Leistung den Begriff der certa pecunia signata forma publica populi Romani abstrahirte.

Aus dem zweiten Abschnitte (das judicium) sei hier nur die Ansicht des Verfassers über das Centumviralgericht erwähnt. Er hält dasselbe für eine uralte Bildung und bringt die Hundertzahl mit dem aus hundert Mitgliedern bestehenden Senate des Romulus in Verbindung, so daß dieser nach ihm die Funktion eines Gerichtshofes gehabt hat. Die Einsetzung der decemviri wird dagegen nicht ohne gute Gründe der lex Papiria zugeschrieben. Mit besonderer Sorgfalt sind sodann im dritten Abschnitte Ort und Zeit der Rechtsprechung behandelt. Was den ersteren betrifft, so begegnen wir auch hier dem Unterschied von lites und jurgia, indem der Verfasser die lites dem comitium, die jurgia dem forum zuweist. Der für den älteren Prozeß so wichtige Unterschied von dies fasti und nefasti wird dahin bestimmt, daß die erstere Kategorie nicht einen einfachen Gegensatz gegen die dies nefasti bezeichne und sonach die Eintheilung nicht sämmtliche Tage des Jahres umfaßt habe: dies fasti seien ursprünglich der Gottheit geweihte heilige Tage gewesen, leicht erklärlich aus der Form des ursprünglichen Verfahrens (sacramentum), das ja auch eine heilige Handlung war. Mit der Verweltlichung des sacramentum und der Einführung der anderen legis actiones hätten jene besonders qualifizirten dies fasti ihre Bedeutung verloren, und die Bezeichnung erhielt sich für alle Tage, an denen nicht, wie an den dies nefasti, die Rechtssprechung untersagt war. Für die dies nefasti wird der zuerst von Hartmann ausgesprochene Gedanke, daß sie mit der Idee der Reinheit und Entsündigung in Verbindung standen, im Einzelnen mit Erfolg durchgeführt. Die dies intercisi hält Karlowa für eine spätere Bildung, indem dieselben ursprünglich dies nefasti gewesen und erst bei eintretender Verweltlichung zu gemischten Tagen gestempelt worden sind. Auf ein weiteres Eingehen muß verzichtet werden: nur sei bemerkt, daß der Verfasser auch in seinen Untersuchungen über die nundinae dem beregten Gegensatze von lites und jurgia begegnet, indem er an diesen Tagen ausschließlich jurgia entschieden wissen will.

Vielleicht könnte man wünschen, daß der Verfasser dem vierten Abschnitte dieselbe Ausführlichkeit gegeben hätte, wie dem dritten. Schon äußerlich tritt eine gewisse Ungleichmäßigkeit hervor: aber auch bei näherem Eingehen zeigen sich wohl einzelne Lücken. In dem Kapitel über die Stellvertretung im alten Prozesse ist der nicht unwichtigen Kontroverse, ob unter pro populo agere die Vertretung des Staates als juristischer Person oder eine Vertretung im Sinne der späteren Popular-

klagen gemeint sei, nicht gedacht. Der Verfasser spricht die erstere Alternative als seine Ansicht aus. Eine Lösung der bestrittenen Formel pro tutela ist nicht gegeben. Gegen die allerdings allgemeine Erklärung der lex Hostilia von einer Zulässigkeit der Vertretung für den Fall der Kriegsgefangenschaft scheint mir doch in Erwägung zu kommen, daß das römische Recht konsequenter Weise die Vertretung in diesem Falle gar nicht zulassen konnte: da der Kriegsgefangene kein caput hatte. Ein Ausweg bietet sich, wenn man apud hostes mit dem späteren apud peregrinos identifizirt.

Die Einleitung des Verfahrens erforderte die Gegenwart der Parteien: die Partei hatte aber selbst für das Erscheinen des Gegners Sorge zu tragen, wozu sie das Recht der in jus vocatio und bei Widerstand der captio hatte. Daneben hat es nun für den Fall, daß der Angesprochene den Kläger hinzuhalten oder ihm zu entfliehen sucht, noch die manus injectio gegeben. Die neuerdings von Hartmann aufgestellte Ansicht, daß es neben der privaten Ladung im Legisaktionenverfahren in gewissen Fällen obrigkeitliche Ladung gab, acceptirt der Verfasser in dem Sinne, daß dieselbe bei den jurgia ihre Anwendung gefunden habe. Erscheint nun der Gegner, ohne den Befehlen des Magistrates Folge zu leisten, so wird im späteren Rechte nach der lex Rubria bei Klagen auf pecunia certa credita der Verklagte als in contumaciam verurtheilt angesehen, bei anderen Klagen in contumaciam verhandelt. Diese verschiedene Behandlung reicht nach dem Verfasser in die Zeit der Legisaktionen und findet ihre Erklärung wiederum in dem Gegensatze von lis und jurgium. Konnte dagegen der Gegner nicht geladen werden, so mochte, wie in dem späteren prätorischen Edikte, durch civilrechtliche Vorschriften gegen den indefensus Sorge getroffen worden sein, freilich nur für den mit einer lis Belangten: denn für die jurgia sei in contumaciam verhandelt worden. Anders verhält es sich mit den Folgen des Ausbleibens im judicium. Waren aber die Parteien vor dem Richter erschienen, so begannen die Verhandlungen, die in die causae conjectio und die peroratio zerfielen. Von diesen beiden Abschnitten giebt der Verfasser der ersteren die Funktion, „durch Behauptung von Thatsachen den leeren Raum der in der legis actio aufgestellten Rechtsbehauptung so weit auszufüllen, daß dieselbe nicht mehr in der Luft schwebt und so eine feste Grundlage für die weitere Verhandlung zu schaffen" (S. 370), während der peroratio die weitere Zergliederung der Behauptungen und die Führung der Beweise anheimfiel.

Aus dem reichen Inhalte des Buches sind hier einzelne Mittheilungen gemacht worden: auf das Detail, Einzelausführungen und Incidentbemerkungen konnte nicht eingegangen werden. Es bleibt nur noch der Wunsch auszusprechen, daß dem Werke auch in weiteren juristischen Kreisen eine Aufmerksamkeit zugewendet werden möchte, welche es nach der Stellung, die es in unserer Literatur einzunehmen berufen ist, wohl verdient.

---

## 10.

**Geld und Kredit.** Erste Abtheilung: **Das Geld.** Darlegung der Grundlehre von dem Gelde mit einer Vorerörterung über das Kapital und die Uebertragung der Nutzungen, von **Carl Knies,** Professor der Staatswissenschaften zu Heidelberg. (Berlin. Weidmann'sche Buchhandlung. 1873. 8. 344 S.)

In einem Augenblicke, wo die vielumstrittene Frage über die Ausgabe von Staatspapiergeld und Banknoten ihrer reichsgesetzlichen Lösung entgegengeht, gewinnen die zahlreichen Erörterungen über das Wesen des Geldes an praktischem Interesse. Knies, welcher diese Lehre schon vor einem Decennium durch werthvolle „Beiträge" bereichert hat, unternimmt hier nochmals eine monographische Darlegung der wirthschaftlichen und rechtlichen Funktionen des Geldes. Dieselbe ist als Theil eines größeren Ganzen, der Kreditlehre, gedacht. Um aber die Veröffentlichung nicht über die reichsgesetzliche Konstituirung der Münzverfassung hinauszuschieben, ist die Lehre vom Gelde abgesondert als „erste Abtheilung" publizirt, wobei sich der Verf. noch Nachträge über „Weltgeld und Weltmünze" und über die Literatur der Geldtheorie vorbehält. Nicht ohne Grund setzt Knies voraus, daß seine Schrift auch das Interesse der „Fachjuristen" erregen wird. Die seit Jahren von juristischen und nationalökonomischen Schriftstellern lebhaft befürwortete Verbindung beider Wissenschaften ist ja heutzutage eine so innige, daß keine aus einem der beiden Lager hervorgehende literarische Publikation, wenn sie irgend den Anspruch erheben will, ihren Gegenstand in befriedigender oder erschöpfender Weise zu behandeln, der Gesichtspunkte der Schwester-Literatur und ihrer Literatur entrathen darf. Wie auf juristischer Seite Goldschmidt und Endemann, so kann unter den Nationalökonomen Knies als einer der hervorragendsten Vertreter dieser Richtung genannt werden. Wo er auch den Boden der Jurisprudenz betreten mag, überall zeigen seine Ausführungen, daß ihm feiner Sinn und richtiges Verständniß für Rechtsbegriffe und für die durchgreifende Verschiedenheit der juristischen und der wirthschaftlichen Betrachtungsweise keineswegs fremd sind. Lassen wir die etwas abstrakt gehaltenen Präliminarien über „Kapital" bei Seite, deren Ausführlichkeit sich nur aus jenem Verhältnisse des Buches als Theil eines umfassenderen Werkes erklärt, so treten uns zahlreiche Beziehungen zur Rechtswissenschaft bereits in dem zweiten Abschnitte „Die Nutzungen und ihre entgeltliche Uebertragung" entgegen. Mit Recht wird hier darauf hingewiesen, daß für die Nationalökonomie nicht die Uebertragung der Machtbefugniß (des Eigenthumes), sondern die eines wirthschaftlichen Gutes als solchen (Mittel zur Befriedigung eines bezüglichen menschlichen Bedarfes) den Kernpunkt des Interesses darbiete. Von diesem Standpunkte ist die Uebertragung eines wirthschaftlichen Gebrauches an einem Sachgute ohne Ueberlassung des letzteren zu Eigenthum eine vollkommen ebenbürtige Güterübertragung. In der Charakteristik mancher hierher gehörigen Rechtsinstitute begegnen wir treffenden Bemerkungen über bedeutsame, schon von den römischen Juristen beobachtete Verschiedenheiten der wirthschaftlichen Güter. So wird darauf hingewiesen, daß der typische Unterschied zwischen sogen. fungiblen und

nicht fungiblen Sachen theils durch die sachliche Natur der Güter selbst dargeboten, theils „eventuell durch den Willen des Menschen bedingt" sei, was mit der heutigen Lehre übereinstimmt.*) Als Uebertragung einer Nutzung, „nämlich der Nutzung aus vertretbaren Gütern, die zur Gebrauchsbefugniß des Eigenthümers übergeben mittels eines gleichen Quantums zurückgestellt werden", erscheint dem Verf. auch das Darlehn. Das Moment der Eigenthumsübertragung ist dabei nur begleitend, obschon unvermeidlich. Wenn indessen hieraus eine Erklärung dafür geschöpft wird, daß beim Darlehn die Gefahr des Unterganges effektiv von dem Gläubiger (Nichteigenthümer) getragen werde (S. 78 ff.), so scheint uns dabei eine Verwechselung der Insolvenz des Schuldners mit dem Untergange des dargeliehenen Gegenstandes zu Grunde zu liegen. Roscher hat in dieser Beziehung die Anforderungen der juristischen Konsequenz besser gewürdigt. Ungern versagen wir uns, hierauf und auf die sich daran knüpfenden Erörterungen über die Begriffe „Eigenthum" und „Vermögen" näher einzugehen. Unser fachmäßiges Hauptinteresse nehmen die durch alles Vorangehende sorgsam vorbereiteten Ausführungen des Verfassers über die Funktionen des Geldes in Anspruch. Die wirthschaftliche Bedeutung der Checks, Anweisungen, Wechsel als Ersatzmittel des Metallgeldes wird hier auf das richtige Maß zurückgeführt. Treffend reiht der Verf. diesen Formen des „Einlösungskredites" **) die Banknote an. Denn wenngleich positives Gesetz dieselbe häufig (siehe z. B. preuß. Bankordnung vom 5. Oktober 1846, §§. 33 u. 34) dem baaren Gelde in wichtigen Beziehungen gleichgestellt hat, so ist die Banknote doch im Wesentlichen nichts als eine Geldforderung an die emittirende Bank, deren prompte Erfüllung (Einlösung) in eigenthümlicher Weise gesichert ist. Die entgegengesetzte Auffassung Endemann's, gegen welche der Verfasser erfolgreich polemisirt, hat ihre tiefe Wurzel in den weiten Begriffen des genannten geistvollen Schriftstellers von „Sache" und „Kredit", welche sich weder juristisch noch nationalökonomisch als haltbar erweisen.***) Wort für Wort unterschreiben wir folgende Sätze des Verfassers: „Die modernen Geldkreditpapiere sind nicht blos Beweismittel für Forderungen, wie anderweitige Schuldscheine, und sie sind keine Werthträger von der Art, wie das Geld einer ist. Sie sind aber Träger von Forderungen, befähigt, im Verkehr den Dienst des Cirkulationsmittels für Geldforderungen zu verrichten" (S. 202). Unter diese Charakteristik fällt eben auch die Banknote. Dessenungeachtet verkennt der Verf. nicht, daß dieselbe wegen der ihrer Ausgabe zu Grunde liegenden ökonomischen Intention und wegen ihrer besonderen sachlichen Einrichtung zu dem gemünzten Gelde in eine gewisse nähere Verwandtschaft tritt, welche die Gesetzgebung nöthigt, die Banknoten weder einfach wie ein Geldkreditpapier, noch einfach wie ein Zahlungsmittel zu behandeln. Thatsächlich überwiegt der geldartige Gebrauch der Banknote. Ebendeshalb aber ist die Folgerung des Verf. vollkommen begründet, daß die Ausgabe von Banknoten an sich kein Geschäft des freien

---

*) Vergl. z. B. Förster, Theorie u. Praxis d. preuß. Privatrechtes, I. §. 21; Siebenhaar, Lehrbuch des sächs. Privatrechtes, §. 41.

**) Goldschmidt, Hdb. d. H.-R. S. 1195 ff.

***) Vgl. m. Recens. bei Busch, Archiv f. H.-R., Bd. 7, S. 451 ff.

Verkehres ist. Weniger entschieden stellt sich der Verf. zu der Deckungs- und Contingentirungsfrage. Die von ihm hier gegebenen Gesichtspunkte sind nicht erschöpfend und sollen dies nicht sein. Am Schlusse des Bandes werden noch die wichtigen Fragen, welche sich für den Inhalt der Geldschuld bei einer Veränderung in der Währung ergeben, in einer auch für Juristen überaus anziehenden Weise behandelt. Die Nachtheile der Einführung einer Doppelwährung treten dabei überzeugend hervor. Möge der Abschluß des gediegenen Werkes unsere Geduld nicht allzusehr auf die Probe stellen! R. Koch.

## 11.

**Paul Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten.** Band I., II., 1. (Berlin. Guttentag. 1869, 70, 71.)

Eine eingehende Behandlung des Kirchenrechtes, wie sie der Verf. in dem vorliegenden Werke sich zur Aufgabe gestellt hat, muß als ein dankenswerthes Unternehmen begrüßt werden. Dies gilt ganz besonders vom evangelischen Kirchenrechte, da für dieses die vom Verf. in Aussicht gestellte Behandlungsweise noch ohne Vorgänger und dabei um so nothwendiger ist, als die Rechtsbildung in der evangelischen Kirche einen überwiegend partikulären Charakter trägt, und bei einer so knappen Darstellung, wie sie die vorhandenen Kompendien des Kirchenrechtes davon durchweg geben, die Gefahr nahe liegt, daß der Leser eine durchaus falsche Vorstellung von den einzelnen Rechtsinstituten erhält, und er sich namentlich nicht selten versucht fühlt, Grundsätzen, welche in Wahrheit nur in einem kleinen Theile von Deutschland Herrschaft erlangt oder behauptet haben, gemeinrechtliche Geltung beizulegen. Aber auch auf dem Gebiete des katholischen Kirchenrechtes wird die historische Behandlungsweise des Verfassers neue Resultate zu Tage fördern und liegen solche in den erschienenen Bänden bereits vor.

Was die Anordnung des Stoffes betrifft, so trennt der Verf. die Darstellung des katholischen Kirchenrechtes von dem evangelischen und zerlegt das erstere in die beiden Hauptabschnitte: „die Hierarchie und die Leitung der Kirche durch dieselbe" und „die Rechte und Pflichten der einzelnen Kirchenglieder, sowie der kirchlichen Genossenschaften". Ueber Begriff und Wesen der Kirche, die Verfassungsentwickelung, das Verhältniß von Staat und Kirche, über die Quellen und Literatur des Kirchenrechtes will der Verfasser erst in einem nach Beendigung des Systems zu veröffentlichenden Einleitungsbande handeln. Aus dem letzteren Umstande kann man dem Verf. keinen Vorwurf machen, da für denselben hierbei lediglich Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend gewesen sind, und der zuletzt erwähnte Band, wie die gewählte Bezeichnung schon darauf hinweist, doch den Anfang des ganzen Werkes bilden wird. Weniger unbedenklich erscheint die vollständige Trennung des evangelischen vom katholischen Kirchenrechte, da dieselbe Wiederholungen, zum Mindesten Verweisungen nothwendig im Gefolge haben und somit die Uebersichtlichkeit stören muß. Für eine ganze Reihe von Instituten, wie z. B. die dem kirchlichen Vermögensrechte angehörigen, das Pfarramt und den

Pfarrverband, das Patronatsrecht sind die Wurzeln für die heutige Gestaltung der Dinge in den christlichen Kirchen so sehr dieselben und sind die Verschiedenheiten in dem Maße auf Einzelheiten beschränkt, daß die gedachte Abweichung von der bisherigen Darstellungsweise nicht motivirt erscheint.

Die zur Zeit vorliegenden 1½, dem katholischen Kirchenrechte gewidmeten Bände enthalten die Lehre von der Ordination und von der Hierarchie. Sie zeichnen sich durch die umfassendste Benutzung der Quellen und der Literatur des Kirchenrechtes, kritische Behandlung des Materiales, klare und belebte Darstellung, sowie anerkennenswerthe Objektivität aus.

Lewis.

## 12.

**Förster, Franz,** Dr., Geh. Ob.-Justiz-Rath und vortr. Rath im Justiz-Minist., **Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes** auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechtes. I. Band. 3. Aufl. Berlin. G. Reimer. 1873. 8. 30 u. 812 S.

Dem eben erst zum Abschluß gebrachten vierten Bande des Försterschen Werkes folgt die neue Auflage des ersten Bandes auf dem Fuß. Diese ist in vieler Beziehung geändert und verbessert. Das neue Grundbuchrecht macht seinen Einfluß sogleich im Allgemeinen Theile mannigfach geltend; dazu kommt die Berücksichtigung der neueren Literatur und Rechtsprechung, von welcher letzteren namentlich auch die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichtes Beachtung gefunden hat. So zeigt sich der Verfasser in jeder Weise bemüht, der großen und gerechtfertigten Gunst, mit welcher sein Werk vom Publikum aufgenommen worden, durch die fortgesetzte Thätigkeit, die er demselben zuwendet, zu entsprechen. In der Vorrede nimmt er, wie schon öfter, Gelegenheit, die Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuches zu befürworten und sich gegen den von Fitting und neuerdings auch von Roth befürworteten Weg der stückweisen Kodifikation oder, wie Roth diese Methode benannt hat, der Unifikation auszusprechen. Referent stimmt hierin vollständig mit ihm überein. Dringend wünschenswerth ist es aber, daß man die große Aufgabe fortan nicht blos als einen abstrakten Wunsch betrachten möge. Wir müssen derselben näher treten und uns über den Plan und die Art der Ausführung zu verständigen suchen. Je gewaltiger das Unternehmen ist, desto mehr erscheint es geboten, daß man bald mit der Arbeit beginne.

Behrend.

# Zu Abhandlung XV. des 6. Bandes dieser Zeitschrift.

Von Herrn Professor Dr. Schirmer in Königsberg.

Ein eigenthümlicher Zufall hat es gefügt, daß zu derselben Zeit, in der obiger Aufsatz meines verehrten Freundes und Kollegen Dahn entstanden ist, auch in mir, angeregt durch die Schrift von F. Adickes, der Gedanke an eine ähnliche Arbeit über denselben Gegenstand wach gerufen wurde. Mündliche Besprechung ergab eine solche Uebereinstimmung der beiderseitigen Ansichten, daß ich der bereits vollendeten Arbeit des Kollegen gegenüber gern von jeder weitergehenden Ausführung des Geplanten Abstand nahm und nur versprach, möglicher Weise der gedruckt vorliegenden Abhandlung vom Romanistischen Standpunkte aus einen kurzen Nachtrag hinzuzufügen. An dies Versprechen erinnert, komme ich demselben bereitwillig nach, nur daß ich meinem Freunde es zu verantworten überlassen muß, wenn Manchem der Nachtrag des Abdruckes kaum werth erscheinen sollte. — Es handelt sich nämlich für mich nur um einen einzigen Punkt, der in Dahn's Aufsatz nicht so betont ist, als ich es möchte. Ich meine das Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zum Gesetze. In den dies betreffenden Anschauungen finde ich den eigentlichen Kernpunkt des ganzen Adickesschen Buches, das ihn zu seiner Polemik wider die Lehren der historischen Schule treibende Moment. Und ich gestehe weiter zu, hierin ist das gesunde und richtige Element in der Auffassung unseres gemeinsamen Gegners. Während die Frage nach der Entstehung des Gewohnheitsrechtes, überhaupt die gesammte einschlagende Lehre, wie Savigny bezeichnend sagt, in das Gebiet der juristischen Metaphysik gehört, so fällt doch das Verhältniß des Gewohnheitsrechtes zum gesetzlichen bereits in den Kreis der positiv gewordenen Rechtsüberzeugung hinein. Es läßt sich daher ein absoluter, allgemein wahrer Grundsatz über die Beziehung zwischen den Normen des staatlichen Gesetzes und der gewohnheitsrechtlichen Uebung nicht aufstellen. Es ist nicht blos ein Irrthum über die Tragweite der eigenen Kraft, nicht blos eine Folge der Unkenntniß der zu Grunde liegenden philosophischen Wahrheiten, ein Verkennen der inneren Natur des Gewohnheitsrechtes, wenn der Gesetzgeber dem Gewohnheitsrechte seinem Gesetze gegenüber derogirende Kraft

abspricht; es ist das zugleich ein Stück positiver Rechtsüberzeugung. Und diese braucht keineswegs bei dem Gesetzgeber allein sich zu finden, sie kann von seiner Zeit überhaupt getheilt werden. Es kommt eben darauf an, mit welcher Energie der Staatsgedanke das gesammte Rechtsleben des Volkes beherrscht. Es ist mir ein Zeichen der Zeit, daß die Idee der Fridericianischen und Josephinischen Periode eben jetzt auch in den Kreisen der in der Savignyschen Schule gebildeten Juristen wiederum schärfer hervortritt. Für den sich auch hier vollziehenden oder vorbereitenden Umschwung legt Adickes unwillkürlich Zeugniß ab. — So werden wir denn aber auch den römischen Juristen besser gerecht werden können, als Savigny dies von seinem Standpunkte aus vermochte. Es wird die L. 2 C. quae sit longa consuet. VIII. 53 verständlich, ohne daß man nöthig hat, an ihrem klaren Wortlaute in willkürlicher und gezwungener Weise herum zu deuteln oder das wortgemäße Verständniß derselben aus dem „absolutistischen, selbstgefälligen und bornirten Wesen Constantin's" begreiflich zu finden. Es liegt eine tiefere Wahrheit, nicht blos eine Verwechselung oder Vermischung des politischen und nationalen Ganzen darin, wenn in L. 32 §. 1 D. de legg. 1. 3 Julian die Geltung des Gewohnheitsrechtes dem Gesetze entgegen auf den tacitus consensus omnium, gleich wie auf ein tacitum suffragium populi gründet; und dann überhaupt die bindende Kraft des Gewohnheitsrechtes aus derselben Anschauung herleitet. — cf. L. 35 D. eod. Nur das darf man natürlich nicht behaupten, das die sogen. clausula derogatoria dem Gesetze eine größere Kraft geben könnte, als es ohne dies haben würde. Ja, ein solcher Zusatz giebt viel eher zu erkennen, daß verschiedene Rechtsanschauungen über das Verhältniß von Gesetz und Gewohnheitsrecht mit einander im Kampfe liegen. Der Ausgang dieses prinzipiellen Kampfes entscheidet dann eventuell über das einzelne Gesetz mit; und ist die der stärkeren Kraft des staatlichen Gesetzes günstige Auffassung Siegerin, so kommt es selbstverständlich nicht zu einem wirklichen letzterem widersprechenden Gewohnheitsrechte, höchstens zu einem versuchten Ansatze zur Bildung eines solchen.

Königsberg, den 25. Mai 1873.

# Bibliographie.

O. Mühlbrecht. Uebersicht der gesammten staats- und rechtswissenschaftlichen Literatur des Jahres 1872, mit einem ausführlichen Register. 5. Jahrgang. Berlin 1873. Puttkammer und Mühlbrecht. 105 S. 8.

Pernice, Dr. A., Prof. in Greifswald, Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. 1. Band. Halle, Buchhdlg. des Waisenhauses 1873. 8. X. und 518.

Festgaben für August Wilhelm Heffter zum 3. August 1873. Berlin. Weidmann'sche Buchhdlg. 1873. gr. 8. 194 S. — Inhalt: Hinschius. Zur Geschichte der Inkorporation und des Patronatrechtes. Baron. Zur Legis actio per judicis arbitrive postulationem und per condictionem. Behrend. Zum Proceß der lex salica. Dernburg. Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts. Brunner. Das Gerichtszeugniß und die fränkische Königsurkunde. Heydemann. Der internationale Schutz des Autorrechtes.

Grünhut, Dr. C. S., Prof. an der Universität in Wien. Das Enteignungsrecht. Wien. Alfr. Hölder 1873. 8. 175 S.

Gareis, Dr. C., Docent an der Universität Würzburg. Die Verträge zu Gunsten Dritter. Würzburg. A. Stuber's Buchhdlg. 1873. 8. XII. und 296 S.

Zimmermann, Dr. K., gr. hess. Ministersecretär. Die Sonderrechte der Provinzen Starkenburg und Oberhessen des Großherzogthums Hessen nach authent. Quellen zusammengestellt. Darmstadt 1873. Im Selbstverlag. 208 S. 8.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes herausgegeben von v. Jhering und Unger in Verbindung mit O. Bähr und A. Wunderlich. XII Bd. 3. Heft. Jena. Mauke's Verlag 1873. Inhalt. Struckmann. Ueber die Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der actio Pauliana. v. Jhering. Kritisches und exegetisches Allerlei. Ziebarth. Beiträge zur Textkritik und Exegese.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, unter Mitwirkung von Arndts und Bluntschli, herausgegeben von Brinz und Pözl. Bd. XV. Heft 3. — Inhalt. Brinz, Dr. Ad. Fr. Rudorff (Nekrolog). Wach. Der revidirte Entwurf der deutschen Civilprozeßordnung. Laband. Zur Geschichte des deutschen Sachenrechtes mit Beziehung auf „die Gewere" von Andr. Heusler. Prantl. Zur Literatur der Strafrechtstheorien Kurze Anzeigen. Zur Literatur der juristischen Zeitschriften.

Makower, H. R. A. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch Mit Kommentar Fünfte vermehrte und verbesserte Aufl. Berlin. J. Guttentag (D. Collin) 1873. 8. XII. und 823 S.

Puchelt, E. S. Dr., Reichsoberhandelsgerichts-Rath Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes. Leipzig. Roßberg'sche Buchhdlg. Lief. 5.

Keyßner, H., Stadtgerichts-Rath. Die Aktien-Gesellschaften und die Kommandit-Gesellschaften auf Aktien unter dem Reichsgesetz vom 11. Juni 1870. Berlin 1873. C. Heymann. 305 S. 8.

Zur Reform des Aktien-Gesellschaftswesens. Drei Gutachten auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung zur Besprechung der socialen Frage abgegeben von H. Wiener, Dr. Goldschmidt, Dr. Behrend. Leipzig. Duncker und Humblot 1873. 8. 90 S.

Horn, Ed. Ungar. Deputirter. Die Aktien-Gesellschaften. Gesetzentwurf nebst Motivenbericht dem ungarischen Reichstag unterbreitet am 24. Mai 1873. Pest 1873 Ludwig Aigner. 8. 39 S.

Wilckens, K., Der juristische Charakter der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Von der Heidelberger Juristenfakultät gekrönte Preisschrift. Mannheim und Straßburg. Verlag von J. Bensheimer. 52 S. 8.

Knies, C., Prof. in Heidelberg. Geld und Kredit. Erste Abtheilung: Das Geld. Darstellung der Grundlehren vom Gelde mit einer Vorerörterung über

das Kapital und die Uebertragung der Nutzungen. Berlin. Weidmann'sche Buchhdlg. 1873. 8. XI. und 344 S.

Cohn, Ludw., Gerichts-Assessor. Der Versicherungsvertrag nach allgemeinen Rechtsprinzipien. Breslau. Verlag von W. Köbner 1873. 77 S. 8.

Bezold, Dr. C., Erörterungen aus dem Gebiet des Assekuranzwesens. I. Heft. München 1873. R. Oldenbourg 45 S. gr. 8.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Bis Bd. 8 Heft 5. Erlangen. Ferd. Enke. 1873.

Stegemann, A. Die Rechtsprechung des D. Oberhandelsgerichtes zu Leipzig. Bis Band 7 Heft 1. Berlin. J. Guttentag (D. Collin) 1873.

Förster, Fr., Dr., Geh. Ober-Justiz-Rath. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechtes. I. Bd. 3. Aufl. Berlin. G. Reimer 1873. 8. XXVIII. und 812. S.

Werner, F., Kreisgerichtsdirektor. Die preuß. Grundbuch- und Hypotheken-Gesetze vom 5. Mai 1872, nebst Ausführungsverfügungen (Preuß. Gesetze, Text mit Anmerk., Kortkampf'sche Ausg. Heft 11). Berlin 1873. Fr. Kortkampf. LXIV. und 173 S. kl. 8. (1 Thlr. 10 Sgr.)

Steiner, C., Stadtgerichtsrath. Anleitung zur Bearbeitung der Grundbuchsachen nach Maßgabe der Gesetze vom 5. Mai 1872 nebst Verfügungsmustern. Berlin 1873. Fr. Vahlen. XIV. und 316 S.

John, C., Kreisgerichts-Rath. Erörterungen einiger praktischen Fragen aus dem preuß. Grundbuchrecht. Berlin 1873. Verlag von J. Guttentag (D. Collin). 82 S. 8.

Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Kgl. Obertribunals gelangt sind. Herausgegeben und redigirt von Th. Striethorst. Bd. 86. Dritte Folge. Vierter Jahrgang. 2. Bd. (86. Bd) Berlin. J. Guttentag (D. Collin) 1873.

Kübel, F. Ph. F. v. Württembergisches Gerichtsblatt. Unter Mitwirkung des K. Justizministeriums. 6. Bd. Stuttgart. W. Nitzschke 1873.

Plathner, O., Ober-Tribunalsrath. Die neue Konstruktion des Prozesses in dem Entwurf der deutschen Civilprozeßordnung und die nationale Politik bei Herstellung der deutschen Civilprozeßordnung. Berlin. Gustav Hempel 1873. 8. 76 S.

v. Bar, L., Prof. Kritik der Prinzipien des Entwurfes der deutschen Strafprozeßordnung vom Januar 1873. Berlin. J. Guttentag (D. Collin). 8. 58. S.

Wellmann, Th., Kreisgerichts-Rath. Geschworne oder Schöffen? Berlin 1873. Jul. Springer. 8. 147 S.

Heffter, Dr. A. W., geh. Ober-Tribunalsrath a D., ordentl. Prof. und Kronsyndikus. Non bis in idem im Hinblick auf den gedruckten Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung. Erinnerungsschrift an den 3. August 1823, den Tag der Promotion des Verfassers. Berlin. Trowitzsch und Sohn. 1873. 30 S. 8.

Baumgarten, A. Der Fall Löhneisen nach dem gerichtlichen Verhandlungen bearbeitet. Braunschweig. Fr. Wreden. 1873. 60 S. 8.

Thompson, Jos. P., Kirche und Staat in den vereinigten Staaten von Amerika. Berlin. Leonh. Simion 1873. X. und 163 S. kl. 8.

## Berichtigung.

Der Verfasser der Abhandlung No. V. „Revision und Oberrevision" im ersten und zweiten Heft der Zeitschrift ist unser geehrter Mitarbeiter Herr Geh. Finanzrath R. Koch (Dr. Koch) zu Berlin. In die Behandlung selbst haben sich leider verschiedene Druckfehler eingeschlichen, worauf wir die Leser mit der Bitte um geneigte Entschuldigung ausdrücklich aufmerksam machen.

Die Redaktion.

# Abhandlungen.

## XI.

## Die Rechtsverhältnisse der Ehefrauen nach dem Brandenburgischen Provinzialrechte.

Von Herrn Stadtgerichtsrath L. Korn in Berlin.

### I. Zustand des ehemaligen Güterrechtes in der Mark Brandenburg vor Reception des Römischen Rechtes.

Vor der Reception des römischen Rechtes galt in der Mark Brandenburg das altsächsische Recht, wie es durch den Sachsenspiegel, die Glossen desselben und das magdeburgische Weichbild sich ausgebildet hatte. Zwar hatten nur einige Städte der Altmark ihren direkten Rechtszug an den Schöffenstuhl zu Magdeburg, während für die übrigen der Schöffenstuhl in der Stadt Brandenburg als oberster Gerichtshof galt. Allein es war allgemeine Rechtsansicht in der Mark, daß man zum sächsischen Rechte gehöre, daß dieses gemeines Landrecht sei, und daß nach ihm im Zweifel zu verfahren und zu entscheiden sei. [1])

Nach dem altsächsischen Landrechte war die rechtliche Stellung der Frau folgende:

Der Mann hatte die Vormundschaft über das gesammte Vermögen der Frau und es bestand keine Zweiung zwischen seinem und ihrem Gute. [2]) Diese Vormundschaft war nicht ein öffentliches Amt, welches

[1]) Glosse zum Sachsenspiegel, II. 12: Geschit yd aver in einer marke, alse thu Myssen oder thu Brandenburg oder thu Lussis, wan desse hebben sessisch recht unde syn Sassen unde Doringe. (Ausgabe 1516, Bl. 73, Colonne 3.) — Göße, Provinzialrecht der Altmark, Motive I. S. 5 (Magdeburg 1836). — v. Scholz-Hermsdorf: Das jetzt bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg, Abth. II., S. 7 (Berlin 1834). — Heydemann, die Elemente der Joachimischen Konstitution S. 2 (Berlin 1841).

[2]) Sachsenspiegel, I. 31 §. 1 u. 2: Svenne en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntscap. Man unde wif ne hebbet nein getveiet gut to irme live.

dem Manne im Interesse der Frau von einer Behörde übertragen wurde, sondern sein Privatrecht, welches er von Rechts wegen erwarb, sobald die Ehe geschlossen war. Er verwaltete kraft desselben das Vermögen der Frau ohne Zweiung von seinem Vermögen, zog alle Nutzungen daraus für sich und durfte alle dazu gehörigen einzelnen Sachen ohne Zuziehung der Frau gültig veräußern. Nur in Betreff der Grundstücke der Frau bestand eine Ausnahme. Diese konnte er nur im Falle echter Noth ohne ihre Zuziehung verkaufen und verpfänden. In allen anderen Fällen mußte die Frau ihre Zustimmung zur Veräußerung ihrer Liegenschaften geben, widrigenfalls sie das Rechtsgeschäft anfechten und ihr Gut zurückfordern konnte. [3]) Es ist zwar kontrovers, ob der Mann, abgesehen von dem Falle echter Noth, nach dem Systeme des Sachsenspiegels die Grundstücke seiner Frau ohne deren Zuziehung gültig veräußern konnte, oder ob erst durch das spätere nach der Glosse entstandene sächsische Landrecht und durch das magdeburgische Stadtrecht der Konsens der Frau bei Veräußerung ihrer Liegenschaften als nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit des Geschäftes eingeführt worden ist. [4]) Für unsere Zwecke interessirt dies aber nicht, da jedenfalls zu der Zeit, als das römische Recht in der Mark Brandenburg rezipirt wurde, das sächsische Land- und Stadtrecht jenen Grundsatz schon längst angenommen hatte.

*Durch die Vormundschaft des Mannes wurde die Rechtsfähigkeit der Frau nicht beseitigt.* Es fehlt an jeder Andeutung in den altsächsischen Rechtsquellen, woraus auf eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Frau durch ihre Verheirathung geschlossen werden könnte. Vielmehr läßt sich überall erkennen, daß sie bestrebt sind, die Rechtsfähigkeit der Frau und die des Mannes im Prinzipe gleich zu stellen. Der Sachsenspiegel drückt dies in dem Satze aus, daß die Frau neben dem Manne in der Gewere sitze und bezeichnet sie fort und fort als Eigenthümerin ihres Gutes während der Ehe. [5])

*Ebenso wenig wurde die Handlungsfähigkeit der Frau durch die Vormundschaft des Mannes im Prinzipe aufgehoben.* Eine allgemeine Geschlechtskuratel für Mädchen, Frauen

---

[3]) Glosse zum Sachsenspiegel, I. 20, 32, 44; III. 76 §. 3.

[4]) v. Martitz: Das eheliche Güterrecht d. Sachsenspiegels, S. 142 (Leipzig 1867).

[5]) Sachsenspiegel, I. 45 §. 2: En wif ne mach ok ane irs mannes gelof nicht ires gudes vergeven noch egen verkopen, durch dat he mit ir in den geweren sit.

oder Wittwen ist dem altsächsischen Rechte unbekannt. Wenn sie nicht persönlich in Prozessen vor Gericht auftreten konnten, vielmehr hier eines Vorsprechers bedurften, so beruhte dies auf der alten Idee des Kampfgerichtes, zu dem die Weiber allerdings wegen des Mangels der Wehrhaftigkeit unbedingt unfähig waren. Diese einzige Ausnahme ihrer Handlungsfähigkeit hatte daher einen besonderen Grund und bestätigte nur die Regel, daß sie den Männern gleich standen, wenn dieser Grund fehlte. Es findet sich nirgend in den Rechtsquellen ein allgemeiner Satz, daß verheirathete Frauen ungünstiger als Mädchen und Wittwen gestellt seien. In der zutreffenden Stelle des Sachsenspiegels, welche von dem ehelichen Güterrechte handelt, heißt es nicht, daß die Frau durch ihre Verheirathung in die vormundschaftliche Gewalt des Mannes komme, vielmehr wird im Texte mit wunderbarer Klarheit uns gesagt, daß er ihr Vermögen in seine Vormundschaft nehme. [6]) Es ist eine Vormundschaft des Vermögens und nicht der Person, welche dem Manne eingeräumt wird. Man muß daher diesen Punkt so auffassen, daß die Handlungsfähigkeit der Frau im Prinzipe anerkannt wurde, daß ihr aber thatsächlich jeder Gegenstand fehlte, an dem sie sich äußern konnte, da ihr ganzes Vermögen der Verwaltung des Mannes unterworfen war. Nur in einzelnen Fällen war ausnahmsweise eine Möglichkeit, daß ihre Handlungsfähigkeit hervortrat. Es gehörte hierher, daß sie bei dem Verkaufe ihrer Liegenschaften von ihrem Manne zugezogen werden und ihren Konsens dazu abgeben mußte, und daß sie wenigstens nach dem magdeburgischen Weichbilde Sondergut besitzen konnte, worüber sie frei verfügen durfte. Veräußerte die Frau ohne Zuziehung ihres Mannes Gegenstände ihres Vermögens und zwar ohne Unterschied, ob dies Mobilien oder Immobilien waren, so war das Rechtsgeschäft nicht nichtig. Der Mann konnte es nur anfechten, weil sein Recht der Vormundschaft verletzt war. *Unterließ er die Anfechtung durch gerichtliche Revokation der fortgegebenen Stücke und verstarb er vor diesem Schritte, so blieb die Verfügung der Frau gültig*, wenn nicht etwa einer der wenigen Fälle eintrat, daß seine Erben die Klage noch aufnehmen konnten. Die Frau selbst konnte das Geschäft niemals aufrufen. Das vormundschaftliche Recht des Mannes vernichtete also nicht die Hand-

[6]) Sachsenspiegel, I. 31 §. 2: Svenne en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntscap.

lungsfähigkeit der Frau, sondern bestand selbstständig neben ihr und erlosch, wenn der Mann sich nicht entschloß, auf Grund desselben zu interveniren.[7])

Daß diese Grundsätze des gemeinen sächsischen Landrechtes in der Mark im Allgemeinen gegolten und mindestens als Basis des ehelichen Güterrechtes betrachtet worden sind, ist mit Sicherheit anzunehmen, zweifelhafter aber erscheint es, ob sie bei ihrer Anwendung in der Mark nicht im Einzelnen erhebliche Aenderungen erfahren haben und ob namentlich nicht in einem Theile der Mark eine allgemeine Gütergemeinschaft der Eheleute sich heraus gebildet hat.

Die erste Aenderung, welche das sächsische Landrecht erfahren hat, besteht in der Ausbildung eines von ihm verschiedenen Stadtrechtes, wie es das magdeburgische Weichbild zeigt. Es wurde hier der Grundsatz aufgegeben, daß Mann und Frau kein gezweites Gut haben könne, und statt dessen angenommen, daß das vormundschaftliche Recht des Mannes sich nur auf den Theil des Vermögens der Frau erstrecke, welcher ihm zu seiner Gewere übergeben worden war. Alles Uebrige blieb Sondergut der Frau und es galt die Präsumtion, daß alles von fahrender Habe, liegenden Gründen und ausstehenden Forderungen der Frau ihr Sondergut sei und so lange als solches angesehen werden müsse, bis eine ausdrückliche Uebergabe an den Mann nachgewiesen sei.[8]) Nur die eine Ausnahme wurde gemacht, daß Erbschaften, welche der Frau zufielen, ohne weiteres in die vormundschaftliche Gewere des Mannes (nach ihrem alten Begriffe des Sachsenspiegels) gelangten.[9]) Die Handlungsfähigkeit der Frau erlitt keine Einbuße, denn es ist viel späteren Rechtes, daß eine allgemeine Geschlechtskuratel eingeführt wurde, vielmehr wurde sie thatsächlich dadurch bedeutend erweitert, daß die Frau über ihr Sondergut ohne Zuziehung ihres Mannes giltig verfügen konnte. Auch nach dem magdeburgischen Weichbildrechte bedurften Frauen nur eines Vertreters in Prozessen, und Akte nicht streitiger Gerichtsbarkeit wurden von ihnen ohne vormundschaftliche Assistenten aufgenommen. Handelte es sich in einem Prozesse um ihr Sondergut, so war ihr Mann nicht ihr nothwendiger Vertreter vor Gericht, da er kein Recht

[7]) Martitz, a. a. O. Seite 133 und die höchst scharfsinnige Ausführung in der Note 13 daselbst.

[8]) Martitz, S. 253.

[9]) Martitz, a. a. O. S. 277.

über dieses Gut hatte, vielmehr konnten sie sich einen beliebigen andern Vorsprecher wählen. [10]) Sie konnten in stehender Ehe über ihr Sondergut mit ihren Männern Verträge abschließen. [11]) Die Grundstücke der Frau, auch wenn sie nicht ihr Sondergut waren, sondern dem Manne zu seiner vormundschaftlichen Gewere bestellt waren, konnte der Mann ohne ihren Beitritt nicht verpfänden oder veräußern. [12])

In der brandenburgischen Stadt Stendal hat dieses Recht unverändert gegolten. Diese Stadt ist bei ihrer Stiftung im Jahre 1151 mit magdeburgischem Rechte belehnt worden und dies ist ihr fort und fort, zuletzt noch im Jahre 1345, bestätigt worden. [13]) Der Schöffenstuhl zu Magdeburg ist der Oberhof von Stendal geblieben und zahlreiche Urtheile liegen uns vor, nach denen keine Abweichung des stendalschen Rechtes vom magdeburgischen Rechte zu erkennen ist. [14])

Anders verhielt es sich mit den übrigen Städten der Mark Brandenburg. Die Masse der deutschen Kolonisten, mit denen Stadt und Land der Mark im zwölften und dreizehnten Jahrhunderte besetzt wurde, kam nicht sowohl aus dem Stifte Magdeburg, der Altmark und der Gegend des Harzes, als aus Westphalen und von dem Niederrhein. Von hier brachten sie die Zweitheilung des Nachlasses nach dem Tode eines Ehegatten als ihr Recht mit und gaben sie in dem neuen Lande nicht auf. [15]) Andererseits betrachtete man es zur Heranziehung von Einwanderern als Nothwendigkeit, die neuen Städte mit anlockenden Freiheiten zu versehen, und nichts schien in dieser Beziehung wirksamer, als daß die Rechte der berühmten und reichen Stadt Magdeburg den neuen Ansiedlern zugesichert wurden. So ist es gekommen, daß den neuen Städten in der Mark die Rechte der Stadt Magdeburg verliehen, zugleich aber den Ansiedlern nachgelassen worden ist, ihr früheres, davon abweichendes Erbrecht beizubehalten. In der Stiftungsurkunde der Stadt Prenzlau, gegeben zu Stettin den 6. Januar 1235, ist dies in einfachen Worten ausgesprochen. [16]) Für Wittstock ist in

[10]) Martitz, a. a. O. S. 309.

[11]) Martitz, a. a. O. S. 261.

[12]) Martitz, a. a. O. S. 142.

[13]) Heydemann: Die Elemente der Joachimischen Konstitution (Berlin 1841) S. 86. Der Verfasser irrt aber darin, daß die Halbtheilung neben Heergewäte und Rade in Stendal gegolten habe.

[14]) Behrend: Ein stendaler Urtheilsbuch aus d. 14ten Jahrhundert (Berlin 1868).

[15]) Heydemann, a. a. O. S. 165.

[16]) Civitas haec eadem debet frui libertate, quam habet civitas magde-

dem Stiftungsbriefe vom 10. September 1248 angeordnet, es solle stendalsches Recht, welches, wie oben gesagt, mit dem magdeburgischen zusammenfiel, haben, das Erbrecht solle aber ausgenommen sein, kein Heergewäte und keine Rade gelten, vielmehr die Halbtheilung Platz greifen.[17]) Ebenso heißt es in der Gründungsurkunde für Kyritz vom Jahre 1237, in Betreff des Erbrechtes solle Halbtheilung zur Anwendung kommen, sonst aber solle stendaler Recht gelten.[18]) Endlich wird im Stadtbuche von Berlin aus dem Jahre 1397 bestimmt hervorgehoben, daß das brandenburgische Recht in Betreff des Erbrechtes vom Sachsenrechte abweiche, kein Heergewäte, keine Rade und keinen Mußtheil kenne, vielmehr die Hälfte des Vermögens dem überlebenden Ehegatten gebühre.[19]) In Berlin galt das Recht der Alt- und Neustadt Brandenburg an der Havel und dasselbe Recht hatten außerdem die Städte Frankfurt a/O., Spandau, Landsberg, Rathenow, Falkenburg, Straußberg, Soldin, Wriezen, Berlinchen, Neu-Landsberg, Küstrin, Zellin, Bärwalde, Bernäuchen, Rienburg, Drossen, Müncheberg, Mittenwalde, Eberswalde, Bernau, Nauen, Treuenbrietzen und Belitz.[20]) Man war sich daher im größten Theile der Mark bewußt, daß man im Erbrechte der Eheleute vom sächsischen und magdeburgischen Rechte abwich und statt dessen die Halbtheilung hatte, die noch jetzt hier gilt.

Das Erbrecht der Eheleute hängt mit ihrem Güterrechte unter

---

burgensis, et eodem jure, excepto eo quod rade appellatur, quod apud nos decrevimus abolendum. Buchholz: Versuch einer Geschichte der Churmark Brandenburg (Berlin 1771), IV. S. 66.

[17]) Donavimus, uti eo jure civili in Witztoch, quo utuntur incolae stendalenses. His tamen exceptis, scilicet quod tota hereditaria possessio simul (gleich) et ea pars, quam vocant herwede et rade, defuncto marito vel uxore per medium dividatur. Beckmann: Historische Beschreibung der Chur und Mark Brandenburg. Theil V, Buch II. S. 271.

[18]) Concessimus, ut hereditates, quae mortis jure perventae fuerint, per medium dividantur, et ut jure fruantur stendalensium. Beckmann, a. a. O. Seite 173.

[19]) In den brandenborgschen rechte behold sy half und half, alse sy dot hebben. — Ok so is in someliken sassenlande, dar die erven nemen na doder hand hergewede radeleve und musteile, dat id brandenborgesche recht nicht en vulbordet. Vortmer sal alle ding half und half wesen, weme dat af und tu stervet. Fidicin: Histor.-diplomat. Beiträge (Berl. 1837), B. I. S. 142 u. S. 123.

[20]) v. Kamptz in Mathis' Monatsschrift, Bd. XI. S. 38–86. — Riedel: Die Mark Brandenburg im Jahre 1250 (Berlin 1831), II. 371. — Heydemann: Elemente der Joachimischen Konstitution (Berlin 1841), S. 51.

Lebenden eng zusammen. Aus der Sorge für die Wittwe ist die Halbtheilung entstanden und aus dieser die Idee der Gütergemeinschaft bei Lebzeiten abgeleitet worden. Bei der Gütergemeinschaft unter Eheleuten ist die rechtliche Stellung der Frau eine ganz andere als nach dem magdeburgischen Rechte mit seinen Grundsätzen vom Sondergute. In den Gegenden, aus welchen die Halbtheilung nach der Mark gekommen ist, hat Gütergemeinschaft gegolten oder kurz darauf sich entwickelt, und in der Mark selbst hat es fast zu keiner Zeit an juristischen Stimmen gefehlt, welche für eine allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten während des Bestandes ihrer Ehe eingetreten sind. Bruckmann, Scheplitz und Schurff haben sich unter den älteren Juristen dafür ausgesprochen.[21]) Steyer und ein neuerer Schriftsteller, dessen Name nicht genannt ist, nehmen an, daß sie wenigstens in früherer Zeit und jedenfalls bei Abfassung der Joachimischen Konstitution von den Erbfällen vom Mittwoch vor Franciscus 1527 in der Mark gegolten habe.[22]) Zuletzt ist die Gütergemeinschaft bei den Berathungen über das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 als bestehendes Recht vertheidigt worden, dann aber durch dieses Edikt selbst verworfen, also im Wege der Gesetzgebung beseitigt.[23]) Eine ausdrückliche Erklärung über eine herrschende Gütergemeinschaft der Eheleute während ihres Lebens enthalten unsere Rechtsquellen aus der Zeit vor der Joachimischen Konstitution nicht. Am meisten sprechen für sie die Bestimmungen des salzwedelschen Rechtes, wie es dieser Stadt in dem Privilegium vom 16. März 1273 verliehen worden ist. Es macht fast den Eindruck, als ob man eine Quelle des lübischen Rechtes vor sich habe, und eine Bestätigung des dortigen auf Gütergemeinschaft beruhenden Erbrechtes[24]) ausdrücklich ausgesprochen würde, wenn in dem Privilegium vorgeschrieben wird: „Bei dem Tode eines Gatten erhalte der überlebende Gatte die

---

[21]) Fr. Bruckmann: Opera juridico-practica, I. Cons. 44 No. 7, 36, 61. — Joachim Scheplitz: Consuetudines I., pars III., tit. 2 §. 1. — Hieronimus Schurff, II. cons. 99.

[22]) Joh. Sam. Steyer: Dissertatio juridica inauguralis (Ausgabe von 1761), S. 36, und Justiz-Ministerialblatt von 1858, S. 180.

[23]) Heydemann: Elemente, S. 336, siebzehntes Votum. — Verordnung, wie es in Erbschafts-Anfällen zu halten, v. 30. April 1765, Abth. II. §. 8 Alinea 3 (Nov. Corp. Constit. III. S. 689 Nr. 42).

[24]) Stein: Gründliche Abhandlung des lübischen Rechtes, I. S. 121 ff.; und Mehlen: Die gesetzliche Erbfolge nach lübischem Rechte (Stralsund 1748), S. 6.

Hälfte des gemeinsamen Vermögens; wenn Eltern bei Lebzeiten ihren Kindern eine eigene Wirthschaft oder eine Ausstattung gegeben haben, können sie über ihr Vermögen von Todes wegen frei verfügen, ohne daß die abgeschichteten Kinder dagegen etwas einwenden dürfen; sonst bekommen die Kinder die Hälfte des gemeinsamen Vermögens; heirathet ein Wittwer oder eine Wittwe wieder und bekommen sie aus dieser Ehe Kinder, so beerben die Kinder erster Ehe sie nicht, vielmehr fällt Alles den zweiten Ehegatten und den mit ihm erzeugten Kindern zu; nur wenn die zweite Ehe kinderlos ist, erhalten die Kinder erster Ehe die Hälfte nach dem Tode ihres zu einer zweiten Ehe geschrittenen Vaters oder ihrer wieder verheiratheten Mutter." [25])

Allein aus allen diesen Bestimmungen über das Erbrecht der Eheleute kann noch nicht ein Schluß auf ihre Güterverhältnisse unter Lebenden gemacht werden. Solche Schlüsse müssen bei Fragen des älteren deutschen Privatrechtes überhaupt ausgeschlossen bleiben, da dieses seine Ausbildung nicht nach festen Systemen gewonnen hat. Es tritt aber hinzu, daß jeder weitere Zusammenhang der Mark Brandenburg mit den Gegenden, aus welchen die Halbtheilung zu ihr gekommen ist, unterbrochen worden ist und die Erinnerung daran sehr schnell verloren gegangen ist, nachdem die deutsche Kolonisation in der Mark einmal bewirkt war. Es herrschte nur die Ansicht, daß man sächsisches Recht habe. Noch im Jahre 1440 hat der Markgraf Friedrich einen Richter in Salzwedel mit der Verpflichtung angestellt, nach gemeinem Sachsen- und beschriebenen Rechte zu richten und richten zu lassen. [26]) Unter Sachsenrecht verstand man den Sachsenspiegel und das magdeburgische Weichbildrecht. Die ganze Glosse der altmärkischen Juristen von Buch (Vater und Sohn) zum Sachsenspiegel und das Stadtbuch von Berlin vom Jahre 1397,

---

[25]) Si pater et mater omnes pueros suos legitime locaverunt, antequam moriantur, et postmodum unum ipsorum patrem vel matrem mori contigerit, pater vel mater superstes de bonis suis ordinabit et faciet, quae voluerit, pueris suis nolentibus immo non valentibus prohibere. Posito etiam, quod pater pueros habent de uxore legitima secundo-ducta, hi pueri post mortem patris eorum ipsius hereditatem obtinebunt, pueris suis prioribus in ea hereditate partem non habentibus sed exclusis. — Heydemann: Elemente, S. 106; vergl. dort auch die weitere Entwickelung dieses Stadtrechtes durch die Privilegien von 1278, 1527 und 1702.

[26]) v. Raumer, Codex diplomaticus Brandenburg. I., S. 145.

welches zum großen Theile nur eine Umstellung des Sachsenspiegels ist, liefern hierfür neben den zahlreichen Judikaten aus jener Zeit den besten Beweis. Selbst das Erbrecht der Eheleute ist nach magdeburgischen Rechtsanschauungen modifizirt worden, denn trotz des Verbotes von Heergewäte und Gerade finden sich in allen Städten Spuren derselben, die allerdings in dem Stadtrechte von Brandenburg-Berlin auf ein Präzipuum an gewissen einzelnen Stücken sich beschränkt haben, welches der überlebende Ehegatte außer der Hälfte des Gesammtvermögens bekam.[27]) Es kann daher allein als richtig angenommen werden, daß in der Mark Brandenburg vor der Joachimica von 1527 nur das sächsische Recht, das heißt der Sachsenspiegel und das magdeburgische Weichbildrecht, als gemeines Recht gegolten hat, daß die Abweichungen des Erbrechtes der Eheleute von diesem Rechte nicht weiter ausgedehnt worden sind, als die Worte der zutreffenden Privilegien es erheischen, und daß namentlich die Rechte der Eheleute während ihrer Lebenszeit nach sächsischem Rechte mit Ausschluß der Grundsätze einer Gütergemeinschaft behandelt worden sind. Erst wenn ein Todesfall vorlag und es zu einem Erbfalle gekommen war, wich man vom sächsischen Rechte ab und nahm nun ein Gesammtvermögen an, als ob Gütergemeinschaft schon bei Lebzeiten bestanden hätte.[28])

Nach unseren modernen Rechtsbegriffen erscheint dies allerdings systemlos und unfertig. Die späteren Juristen, wie Pruckmann, Scheplitz und Schurff, welche sich für eine Gütergemeinschaft unter Eheleuten während ihres Lebens ausgesprochen haben, sind durch diesen Gedanken zu ihrer Annahme geführt worden, denn sie haben sich nicht damit befreunden können, daß eine Gütergemeinschaft nach dem Tode eines Gatten entstehen solle, während sie bei Lebzeiten nicht gegolten habe. Allein man darf die fortgeschrittene Bildung späterer Zeit nicht auf frühere Jahrhunderte anwenden und darf sich nicht der Wahrheit verschließen, wie unvollkommen die Rechtsanschauungen früherer Zeiten waren. Wenn spätere Juristen aber noch als Grund für ihre Annahme anführen, daß die Worte der Joachimica von 1527 für sie sprächen,

---

[27]) Heydemann: Elemente, S. 176.

[28]) Ueber die Wirkung dieser Anschauung auf das heutige Erbrecht vergl. meine Abhandlung über „Testament und Erbvertrag der Eheleute" in Behrend's Zeitschrift, 1871, S. 117.

da dort gesagt werde: der überlebende Ehegatte behalte nach alter Gewohnheit das halbe Gut, so ist dies ebenfalls hinfällig. Der ausgesprochene Zweck der Joachimica ging dahin, mit Ausnahme des Erbrechtes der Eheleute ein neues Erbrecht einzuführen. Die Worte: „behält nach alter Gewohnheit“ können daher nur bedeuten, daß es in Betreff der überlebenden Ehegatten bei dem früheren Rechte verbleiben solle und daß sie ihr altes Erbrecht beibehalten sollen. Wer mit der Sprache der damaligen Rechtsquellen vertraut ist, kann diese Interpretation nur sachgemäß finden.

## II. Römisches Recht und Usus modernus.

Nach dem römischen Rechte, wie es in den Pandekten und dem Codex Justinians sich findet, [29]) erscheint die Frau durchaus rechts- und handlungsfähig und erleidet durch Eingehung der Ehe hierin keine Einbuße oder Einschränkung. Der Mann hatte nach römischem Rechte keine juristische Gewalt über die Frau, vielmehr stand die Frau als vollkommen freie Person neben ihm. Sie trat nicht in seine Familie und war nicht in seiner rechtlichen Macht, nicht in manu mariti. Sie blieb in ihrer bisherigen Familie und in der Gewalt ihres Vaters, denn die Ehe war kein Mittel, die patria potestas zu lösen. War sie sui juris, so blieb sie es und erfuhr darin keine Einschränkung. Sie konnte sich in jeder Weise frei verpflichten (vorausgesetzt, daß sie nicht in patria potestate war) und bedurfte dazu nicht des Beitrittes und der Genehmigung ihres Mannes. Dieser hatte kein Interventionsrecht und sein Widerspruch gegen eine Rechtshandlung der Frau hatte keine Wirkung. [30])

Dagegen hatte der Mann die Pflicht, die Kosten des gemeinsamen Hausstandes zu tragen und die Frau und ihre Kinder standesgemäß zu ernähren. Als Beisteuer hierzu wurde ihm im Interesse der Frau die Dos bestellt. Das römische Güterrecht der Eheleute dreht sich wesentlich um das Institut von der Dos. Man theilte die Dos in dos profectitia und dos adventitia, doch hat dies für das moderne Recht keinen praktischen Werth.

[29]) Das ältere, römische Recht hat keinen Einfluß auf die Entstehung unseres Provinzialrechtes geäußert und kann daher hier nicht in Betracht kommen.

[30]) Glück: Erläuterungen, §. 1223—1225, Band 24 S. 378. — Hasse: Güterrecht der Ehegatten, §. 28 I. S. 88.

Der Mann hatte keinen gesetzlichen Anspruch auf eine Dos. Hatte er sich keine ausbedungen, so konnte er sie nicht fordern. Namentlich war die Frau, auch wenn sie Vermögen hatte, ohne spezielle Verabredung nicht verpflichtet, aus diesem eine Dos auszuwählen und dem Manne zu übergeben.[31]) Allerdings war der Vater der Frau, ihr väterlicher Großvater und wenn besondere Gründe obwalteten, auch die Mutter der Frau verpflichtet, sie zu dotiren. Dies begründete aber kein Recht des Mannes, wurde vielmehr nur als ein Recht der Frau aufgefaßt, so daß es in ihrem Belieben stand, ob sie ihre Verwandten deshalb in Anspruch nehmen wollte. Der Mann konnte gegen diese nur Klage erheben, wenn die Frau ihm ihre Rechte abtrat.[32])

Geschenke unter Eheleuten waren verboten. Die Bestellung einer Dos wurde aber nicht als eine Beschenkung des Mannes aufgefaßt, da man sie nur als eine Beisteuer zu den Kosten der Ehe betrachtete. Die Frau konnte deshalb in stehender Ehe eine Dos ihrem Manne gültig aus ihrem Vermögen anweisen oder, wenn er eine solche bereits hatte, sie vergrößern und erweitern. Dagegen war die Umwandelung der Dos in freies Vermögen der Frau eine unerlaubte Schenkung unter Eheleuten, weil die Pflicht des Mannes zur Ernährung der Frau und der Kinder bestehen blieb. Der Mann konnte diese Umwandelung also jeder Zeit wiederrufen.[33]) Dem Dritten, der die Dos bestellt hatte, stand das Recht, die Dos in freies Eigenthum der Frau zu verwandeln, ebenfalls nicht zu, da er nur nach aufgelöster Ehe die Rückgewähr verlangen konnte und der Mann in der Zwischenzeit als Eigenthümer angesehen wurde.[34])

Gegenstand der Dos konnte Alles sein, wodurch der Mann bereichert wurde, zum Beispiel körperliche Sachen, baares Geld, Forderungen, Usus Fructus, eine Erbschaft u. s. w. Auch die Entsagung einer Erbschaft, für welche der Mann substituirt war, galt als gültige Bestellung einer Dos, wenn sie zu diesem Zwecke erfolgte. Auch ihr ganzes Vermögen konnte die Frau dem Manne als Dos übergeben.

[31]) Hasse, a. a. O. §§. 104 u. 105 I. S. 367; und Glück, a. a. O. §. 1231 Nr. 5, B. 25 S. 105. — Holzschuher: Theorie und Casuistik, §. 58 No. 6 d (Ausgabe von 1863 S. 623).

[32]) Vangerow: Leitfaden, §. 216 I. 310. — Glück, a. a. O., §. 1231 Nr. 1, B. 25 S. 55. — Hasse, a. a. O., §§. 95—98 I. S. 346.

[33]) Die Ausnahmen siehe bei Vangerow, Leitfaden, §. 217 b, Anm. 2, S. 320.

[34]) Hasse, a. a. O., §§. 79, 114—116 I. S. 278 u. 393.

Es war dies aber keine Universalsuccession, denn durch Bestellung der Dos wurde immer nur eine Singularsuccession in Betreff der einzelnen darunter begriffenen Stücke bewirkt.[35]) Hatte die Frau, welche ihr ganzes Vermögen zur Dos hingab, Schulden, so gingen diese daher auf den Mann für dessen Person nicht über. Die Gläubiger konnten nur gegen die Frau klagen und Einweisung in ihr Vermögen verlangen, denn den Gläubigern durfte sie dies durch Weggabe nicht entziehen.[36])

Ursprünglich war das Recht des Mannes an der Dos während der Ehe ein äußerst einfaches. Er wurde als Eigenthümer der Dos angesehen und sie verblieb ihm, wenn die Frau vor ihm verstarb. Nach und nach änderte sich dies, und nachdem die Reskripte Justinians in den Codex aufgenommen sind, kann man wohl sagen, die Frau ist Eigenthümerin der Dos und der Mann hat daran nur ein ausgedehntes Verfügungs- und Nießbrauchsrecht. Justinian spricht dies aber nicht direkt aus und so ist es noch gegenwärtig kontrovers, wer Eigenthümer der Dos in stehender Ehe ist.[37])

Stets hatte man angenommen, daß die Dos im Interesse der Frau und der zu errichtenden gemeinsamen Oekonomie dem Manne bestellt werde. Es war wohl schwer, für undotirte Töchter Männer zu finden und große Opfer mußten gebracht werden, um eine standesgemäße Ehe für sie zu gewinnen. Ehescheidungen waren bei den Römern späterer Zeit äußerst leicht, indem jeder Ehegatte ohne weitere Förmlichkeiten die Ehe für aufgelöst erklären konnte. Man mußte Garantieen haben, daß der Mann die Dos nicht einstrich und die Frau dann entließ, um die Dos zu gewinnen. Die Dos fiel der Frau zu, wenn die Ehe geschieden wurde, und der Mann konnte höchstens einen Theil davon einbehalten, falls die Frau einen hinreichenden Grund zur Scheidung gegeben hatte. Die Dos fiel auch der Frau zu, wenn der Mann vor ihr verstarb.[38]) Ja man nahm an, daß der Mann die dos profectitia

---

35) Hasse, a. a. O., §. 109. I. S. 379.

36) Holzschuher, a. a. O., §. 58 Nr. 2, S. 621. — Glück, §. 1230, B. 25 S. 12.

37) Löhr: Wer ist Eigenthümer der Dos? Mag. f. Rechtswissensch. IV. S. 57 u. 539. — Glück, a. a. O., §§. 1232, 1234—36 u. 1250—52 B, B. 25 S. 106. — Vangerow, a. a. O., §. 217 B. I. S. 319. — Hasse, a. a. O., §§. 66, 107. I. S. 238 u. 378. — Keller: Pandekten, §. 397 (Ausgabe von 1861, S. 739).

38) Die Ausnahme der dos receptitia interessirt hier nicht, da sie auf ausdrücklicher Verabredung beruhte.



dem Vater der Frau restituiren mußte, wenn die Frau vor ihm verstarb, weil der Zweck der Dos fortgefallen sei und der Vater der Tochter näher stände als der Mann. Es galt daher schon früh als erster Grundsatz quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, [39]) und nach und nach führte man verschiedene Mittel hinzu, um die Restitution der Dos für alle Fälle zu sichern:

1. Die Verfügungsfähigkeit des Mannes wurde innerlich beschränkt, indem ihm die Veräußerung jedes zur Dos bestellten Grundstückes bei Strafe der Nichtigkeit untersagt wurde;
2. die Frau konnte bei sichtlich bevorstehender Gefahr des Verlustes durch Insolvenz des Mannes die Dos schon in der Ehe zurückfordern;
3. die Rückforderungsklage wurde mit besonderen Privilegien ausgerüstet;
4. Wenn sich schlechte Verwaltung der Dos zeigte, konnte gerichtliche Hülfe angerufen werden, damit dem Einhalt geschehe;
5. Im Zustande der Insolvenz konnte der Mann auch solche Sachen nicht mehr gültig veräußern, welche er, bevor ein solcher Zustand eintrat, allerdings zu veräußern ermächtigt war. [40])

Die erste Bestimmung ist durch die Lex Julia unter Augustus im Jahre 737 ab urbe condita eingeführt und durch Justinian noch dahin verstärkt worden, daß auch die Zustimmung der Frau die Veräußerung des fundus dotalis nicht gültig machen solle. Die zweite und dritte Bestimmung findet sich bereits bei den klassischen Juristen und die vierte und fünfte beruht auf Verordnungen Justinians. Dieser bestimmte ausdrücklich: Wenn Mobiliar- oder Immobiliargegenstände, welche zur Dos gehörten, noch bei Auflösung einer Ehe vorhanden seien, so solle die Frau sie ohne Rücksicht auf Hypotheken, die der Mann seinen Gläubigern daran eingeräumt habe, vindiziren können, weil diese Sachen der Frau von Anfang an gehört hätten und naturaliter in ihrem Eigenthum geblieben seien. [41]) Dasselbe Vindikationsrecht solle sie haben, wenn ihr Mann in Vermögensverfall gerathe

---

[39]) Lex 75. Dig. de jure dotium (23, 3).

[40]) Glück, a. a. O., §§. 1232, 1234—36, 1250—52, Bd. 25 S. 106. — Vangerow, a. a. O., §. 217 ff. I. S. 312. — Hasse, a. a. O., §. 65 ff. I. S. 232. — Keller, a. a. O., §. 397, S. 739.

[41]) Const. 30. Cod. De jure dotium (5, 12).



und solle ihr dann nicht der Einwand entgegengestellt werden können, daß die Ehe noch bestehe.[42])

Daß hierdurch wesentliche Befugnisse des Mannes zerstört wurden und daß es ein Schritt war, das ganze Prinzip von dem Eigenthume des Mannes an der Dos zu verlassen und ihm statt dessen nur ein Nießbrauchsrecht einzuräumen, leuchtet ein. Der Usus modernus hat dann hieran angeknüpft und nach dieser Richtung hin die ganze Lehre entwickelt.

Außer der Dos konnte die Frau nach römischem Rechte noch anderes freies Vermögen besitzen, denn nur dasjenige von ihrem Vermögen wurde Dos, was sie dazu bestimmte. Ulpian sagt, dies Vermögen hätten die Gallier peculium, die Griechen parapherna genannt.[43]) Die letzte Bezeichnung ist jetzt allein gebräuchlich. Die Bestimmungen des römischen Rechtes über diesen Theil des Vermögens der Frau sind sehr knapp und müssen es der Natur der Sache nach sein, denn sie gipfeln in dem einen Gedanken, daß die Frau unbeschränkte Eigenthümerin darüber bleibt und ohne Zuziehung ihres Mannes in jeder Weise gültig und rechtsverbindlich darüber verfügen kann. Räumt sie ihm gewisse Befugnisse daran ein, so kommt es wesentlich darauf an, was speziell zwischen ihnen abgemacht ist, denn der Mann steht ihr hier nicht anders gegenüber, wie jeder Dritte, mit dem sie nicht durch das Band der Ehe verbunden ist.[44]) Im Interesse der gemeinsamen Oekonomie waren solche Abmachungen unter Eheleuten aber nicht selten und Justinian lag der Fall vor, daß eine Frau Kapitalien, d. h. ausstehende Forderungen, ihrem Manne mit der Bestimmung überlassen hatte, sie sollten nicht Dotal- sondern Paraphernalgut sein. Er reskribirte darauf: In diesem Falle habe die Frau die Klage gegen den Schuldner, doch könne der Mann sie auch anstellen und bedürfe dazu nicht einer besonderen Genehmigung der Frau; die Zinsen könne der Mann für sich und die Frau verwenden, das Kapital aber müsse er aufbewahren und Sorgfalt, wie in seinen eigenen Angelegenheiten, darauf verwenden.[45]) Es ist nicht zu

---

[42]) Const. 29. Cod. a. a. O.

[43]) Lex 9, §. 2. Dig. De jure dot. (23, 3).

[44]) Glück, a. a. O., §§. 1240—41, B. 25 S. 261. — Hasse, a. a. O., §. 120 I. S. 421. — Vangerow, §. 223. I. S. 335. — Keller, a. a. O., §. 404 S. 750.

[45]) Const. 11. Cod. De pactis conventis (5, 14).

verkennen, daß hierin eine Abweichung von dem Grundsatze des freien Eigenthumes der Frau und eine Hinneigung zum Dotalverhältnisse liegt, denn sonst müßte der Mann über die Verwendung der Zinsen Rechnung legen und dürfte sie nicht ohne weiteres für sich und die Frau verwenden.

In den Pandekten und dem Codex ist nicht ausdrücklich erörtert, ob eine Präsumtion für Dotal- oder Paraphernalqualität bei dem Vermögen der Frau obwalte. Diese Frage ist daher von Alters her kontrovers.[46]) Das Richtige ist wohl, was Hasse in folgenden Sätzen zusammenfaßt: „Die Bestellung einer Dos kann niemals ohne einen speziellen Akt der Uebertragung und wegen dieses, in Ermangelung nothwendiger Formeln, doch nur dann angenommen werden, wenn entweder die Absicht, eine Dos hervorzubringen, deutlich ausgesprochen worden ist oder aus den in concreto vorhandenen Umständen die Gewißheit oder überwiegende Wahrscheinlichkeit einer solchen Absicht deutlich hervorgeht. Im Uebrigen bleibt das Vermögen der Frau von dem Vermögen ihres Mannes getrennt und es bedarf keinesweges eines besondern Vorbehaltes, damit es nicht diesem Vermögen einverleibt oder dotal werde.“[47])

Endlich ist nur noch die donatio propter nuptias zu erwähnen, da sie einen Bestandtheil des römischen Güterrechtes der Eheleute bildete, doch bedarf es keiner näheren Betrachtung derselben, da sie in Deutschland nie Brauch gewesen ist und die ihr etwa ähnelnden deutschrechtlichen Institute, wie Brautgeschenke, Morgengabe und Witthum eine selbstständige Entwickelung erfahren haben.[48])

In diesem Zustande befand sich das römische Recht, als es zur Rezeption in Deutschland gelangte. Seine alten Grundsätze waren zum Theil erschüttert, es war in Schwankung gerathen und erschien durchaus unfertig, da die alten Grenzen verwischt und neue noch nicht gefunden waren. In Deutschland fiel es auf einen

---

[46]) Stark: De bonis uxoris ex juris romani praesumtione non dotalibus sed paraphernalibus (Göttingen 1798). — Bechmann in Becker's Jahrbüch. d. gem. deutsch. Rechtes, Bd V. S. 271—288. — Holzschuher: Theorie und Casuistik, §. 58 Nr. 12 S. 627.

[47]) Hasse, a. a. O., §. 130 I. S. 449.

[48]) Arndt's Pandekten §. 413. — Keller, desgl. §. 406. — Glück, §. 1242—43 (B. 25). — Göschen, §. 698. — Puchta, §. 424. — Haubold: Sächsisches Privatrecht §. 78.

ganz fremdartigen Boden. Das Institut der Dos im römischen Sinne war hier ungebräuchlich. Der Name und die Bezeichnung der Dos waren allerdings nicht unbekannt. Sie waren aber nicht aus dem römischen Privatrechte, sondern aus dem Kirchenrechte, wo sie Ausstattung einer Kirche Seitens dessen Patrones oder schlechtweg Vermögen der Kirche bedeuteten, nach Deutschland gekommen und nach Analogie hiervon wurden sie gebraucht. In der Lex Saxonum heißt Dos die Morgengabe oder das Witthum,[49]) also nicht eine Zuwendung, welche dem Manne mit Rücksicht auf die Ehe gemacht wurde, sondern umgekehrt Dasjenige, was der Mann der Frau in der Ehe resp. für ihren künftigen Wittwenstand gewährte. Als später das Pandektenrecht bekannter wurde, änderte sich dies.

In den Ländern, in welchen sächsisches Recht galt, hatte von jeher keine Gütergemeinschaft gegolten, vielmehr war innerlich zwischen den beiden Vermögen des Mannes und der Frau auch während der Ehe unterschieden worden und der Mann hatte nur das oben beschriebene Verwaltungsrecht über alles Vermögen seiner Frau, weil es in seiner Gewere zu rechter Vormundschaft sich befand. Ueber die Grenzen dieses Verwaltungsrechtes fehlte es, wie gesagt, nicht an Rechtsnormen. Als aber das römische Recht eindrang, wurden diese bald vergessen. Man wandte die Lehre von der römischen Dos auf sie an, indem man jeden einzelnen Fall, der bei Auseinandersetzung der Eheleute über ihr Vermögen oder auch bei Streitigkeiten während der Ehe zur Kognition kam, nach den zutreffenden Grundsätzen von der römischen Dos entschied. Man entfernte sich dabei in zweifacher Weise vom römischen Rechte:

1. Die Grundidee des römischen Rechtes ging dahin, daß der Mann Eigenthum an der Dos erwarb. Diese ließ man fallen und half sich in verschiedener Weise über den Widerspruch, in dem man sich mit den Quellen des römischen Rechtes befand. Theils interpretirte man die einzelnen Sätze der Pandekten so, daß man der Frau ein Obereigenthum (dominium naturale) und dem Manne ein nutzbares Eigenthum (dominium civile) an der Dos einräumte.[50]) Theils ließ

---

[49]) Dotis ratio duplex est. Ostfalai et Angrarii volunt: si foemina filios genuerit, habeat dotem, quam in nuptiis accepit, quamdiu vivit, filiisque dimittat etc. Apud Westfalaos postquam mulier filios genuerit, dotem amittat. Gaupp: Recht und Verfassung der alten Sachsen, S. 170 (Breslau 1837).

[50]) Cocceji: Jus controv. II. Buch 23, Tit. 3, Frage 6 (Ausg. v. 1713, S. 148).

man die Bezeichnung als Dos vom Vermögen der Frau ganz fallen und nannte es, um es als Eigenthum der Frau zu kennzeichnen, Paraphernalgut, wandte aber dennoch auf dies so benannte Paraphernalgut die Grundsätze von der römischen Dos ohne Weiteres an, nur daß man der Frau die Proprietät an ihrem ganzen Vermögen beließ.[51]) Als Dos bezeichnete man daneben die Ausstattung und das Heirathsgut der Frau, ohne sie aber thatsächlich anders als die Paraphernalien zu behandeln. Schließlich bekannte man sich aber zu dem Grundsatze, daß der Mann, ohne Eigenthümer des Vermögens der Frau zu werden, an ihrem ganzen Vermögen, mag dies Dos oder Paraphern sein, ein ausgedehntes Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht habe, welches ganz nach Analogie des römischen Rechtes von den Befugnissen des Mannes an der Dos zu beurtheilen sei.[52]) Das Vermögen, woran die Frau die Verwaltung sich vorbehielt, nannte man nun bonum receptitium.

2. Zur Bestellung der Dos gehörten im römischen Rechte ausdrückliche Willenserklärungen oder mindestens solche Umstände, die keinen Zweifel darüber ließen, daß nach der Ansicht beider Theile eine Dos beabsichtigt worden sei. Eine Präsumtion dafür, daß irgend ein Stück Dotalgut sei, waltete nicht ob. In Deutschland waren förmliche Uebergaben des Vermögens der Frau an den Mann nicht Brauch und kamen nur ganz ausnahmsweise bei reichen Familien vor. Man sah daher in Deutschland gänzlich davon ab, daß es eines besonderen rechtlichen Aktes bedurfte, um das Vermögen der Frau Dotal zu machen und stellte als Grundsatz auf, daß ipso jure mit der Heirath das ganze Vermögen der Frau in die oben beschriebene Verwaltung des Mannes gelange. Als Konsequenz ergaben sich denn die Sätze, daß die Präsumtion bei allem Vermögen der Frau für dessen Qualität als Dos spreche und daß die Frau, wenn sie behaupte, ein Vermögensstück sei ein bonum receptitium, dies beweisen müsse.[53])

---

[51]) Curtius: Handbuch des Kursächsischen Civilrechtes, §. 126, Theil I. S. 121 (Ausgabe von 1797) und Löhr: Wer ist Eigenthümer der Dos?, im Magazin für Rechtswiss. u. Gesetzgeb. IV. S. 5 u. 539.

[52]) Haubold: Lehrbuch des sächsischen Rechtes, §. 70 (Leipzig 1820, S. 75) und die in Note c. dort citirten Schriftsteller.

[53]) Leyser: Meditationes ad pandectas. Sp. 302 m. 5. — Curtius: Kursächs. Civilrecht, I. §. 127 (Ausgabe von 1797, S. 123).

Es wurden also in diesen beiden Punkten die Grundsätze des römischen Rechtes vollständig umgekehrt und auch das magdeburgische Weichbildrecht wurde wieder verlassen, denn dies war, wie oben gezeigt ist, dahin gelangt, daß nur dasjenige Gut der Frau, welches in die Gewere des Mannes gegeben worden war, seiner vormundschaftlichen Verwaltung im Sinne des Sachsenspiegels unterworfen worden war, und daß durchaus die Präsumtion galt, alles Gut der Frau sei Sondergut und müsse so lange als solches betrachtet werden, bis eine ausdrückliche Uebergabe desselben an den Mann erwiesen werde.

Mit dem Grundsatze, daß die Frau Eigenthümerin an ihrem in die Verwaltung des Mannes gekommenen Vermögen verbleibe, vertrug sich selbstverständlich das Veräußerungsverbot des fundus dotalis, wie es Justinian verschärft hatte, nicht mehr. Schon im kanonischen Rechte war es wieder dahin eingeschränkt worden, daß die Frau die Veräußerung nicht anfechten dürfe, wenn sie dazu ihre Zustimmung gegeben und diese eidlich bekräftigt hatte.[54]) Im usus modernus sah man auch hiervon ab, behalf sich damit, daß es ja Paraphernalgut sei, um was es sich handle, und gestattete den Verkauf der Liegenschaften der Frau, wenn nur beide Eheleute darin gewilligt hatten.

In der Mark Brandenburg hat dies alles als Recht gegolten und muß auch jetzt noch in der Hauptsache als bestehendes Recht anerkannt werden. So bestimmt vor der Konstitution von Kurfürst Joachim I. von 1527 das altsächsische Recht als gemeines Recht der Mark anerkannt worden ist, ebenso unstreitig wurde es im Laufe des sechszehnten Jahrhunderts, daß das römische Recht ausschließlich als subsidiäres Recht anzusehen sei. Dabei fehlt es aber an einer landesherrlichen Bestimmung, wodurch diese Aenderung eingeführt ist, und es ist noch heute streitig, in welcher Weise sie bewirkt worden ist.[55]) Die Bezugnahme auf die Kammergerichtsordnung von 1516 oder 1526 ist unzutreffend, denn diese Kammergerichtsordnung ist an dem Widerspruch der brandenburgischen Bischöfe, denen der Entwurf zur gutachtlichen Aeußerung vorgelegt worden ist, gescheitert und in Wirklichkeit niemals als Gesetz publizirt worden. Das Richtige ist wohl, daß das römische Recht im Wege der Gesetzgebung (Joachimica von 1527) nur in

---

[54]) Cap. 28. X. de jure jurando (2, 24) und Cap. 2 in IV. eod. (2, 11).

[55]) Heydemann: Elemente der Joachimischen Konstitution, S. 14.

Ansehung des Erbrechtes eingeführt ist, daß aber in Ansehung aller übrigen Rechtsmaterien die Gesetzgebung nicht eingeschritten, vielmehr in dieser Beziehung die Aufnahme des römischen Rechtes nur durch die gelehrte, römisch-rechtliche Bildung, welche die Juristen erfuhren, bewirkt worden ist. Die Ausbildung des modernen Gebrauches des römischen Rechtes, wie wir sie oben geschildert haben, ist vorzüglich in Kursachsen erfolgt. Gelehrte, wie Leyser, Carpzow, Kind und später Curtius und Haubold, sowie eine verständige Gesetzgebung haben sie dort zum Abschlusse gebracht. In der Mark ist die Sache nicht so leicht geworden: Theils hinderte die immer wieder auftauchende Idee einer bestehenden Gütergemeinschaft unter Eheleuten eine ruhige Entwickelung, theils trachteten die brandenburgischen Juristen danach, ohne Rücksicht auf die im Volke bestehende Sitte das römische Recht ganz unverändert einzuführen, und blieben deshalb fort und fort außerhalb der Gewohnheiten des Volkes und der faktischen Verhältnisse stehen. Bruckmann und Scheplitz nehmen an, daß in der Mark allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten herrsche, sprechen aber daneben von Paraphernalgut der Frauen und wenden auf dieses die Grundsätze des römischen Rechtes an.[56]) Kohl verwirft zwar mit größter Entschiedenheit den Gedanken der Gütergemeinschaft, stellt aber das Paraphernalgut der Frau gänzlich aus dem Rechtskreise des Mannes, verlangt z. B. Rechnungslegung über die von ihm daraus erhobenen Zinsen und erkennt nur das als Dos an, was dazu ausdrücklich bestellt ist.[57]) Die Praxis ist ihnen aber nicht gefolgt, hat vielmehr das römische Recht nur in der Weise des oben auseinandergesetzten usus modernus rezipirt. Scholtz-Hermsdorf hat aus einem von Stryck erhaltenen Responsum der Juristenfakultät zu Frankfurt a/O. und aus einem Gutachten des Obertribunales vom 9. Januar 1781 überzeugend nachgewiesen, daß vor der Publikation des Allgem. Landrechtes nach einer in der Mark allgemein herrschenden Observanz dem Ehemanne ein Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht an dem ganzen Vermögen seiner Frau zugestanden hat, soweit ihr Vermögen ihr nicht zur eigenen Verwaltung speciell durch Vertrag oder Gesetz vorbehalten war.[58])

---

[56]) Scheplitz: Consuetudines, lib. I. pars III. tit. 2 §. 1 u. lib. II. tit. 106 (Ausgabe von 1744, S. 189 u. 55).

[57]) Kohl: Declaratio accurata, quaestio 7 No. 22 (Ausg. v. 1731, S. 180).

[58]) Scholtz-Hermsdorf: Das jetzt besteh. Provinzialrecht, II. S. 27 (Ausg. v. 1834).

## III. Kollision des Allgemeinen Landrechtes mit dem älteren Provinzialrechte.

Die drei ersten Titel des zweiten Theiles des Allgemeinen Landrechtes für die preußischen Staaten, welche das Familienrecht enthalten, sind in der Mark Brandenburg suspendirt. In erster Reihe soll nach dem Publikationspatente vom 5. Februar 1794 das ältere Recht, wie es sich aus dem römischen und sächsischen Rechte entwickelt hatte, zur Anwendung kommen und nur ausnahmsweise sollen die Bestimmungen des Landrechtes aus den bezeichneten Titeln herangezogen werden.

Die Redaktoren des Landrechtes sind von dem Gedanken ausgegangen, ihr Gesetzbuch werde eine solche Vollständigkeit haben und das gesammte Rechtsgebiet so erschöpfen, daß es künftig in jedem konkreten Falle nur erforderlich sein werde, die zutreffende Bestimmung des Landrechtes aufzufinden, um die Entscheidung sogleich zu gewinnen. Sie dachten sich die künftige Thätigkeit des erkennenden Richters fast ganz mechanisch und beschränkten sein eigenes Urtheil in der größten Weise. Er solle das Landrecht nur nach seinen Worten und deren Zusammenhang auslegen, also auf reine Verbalinterpretation beschränkt bleiben. Finde er den Sinn hiernach zweifelhaft, so habe er seinen Zweifel der Gesetzkommission anzuzeigen und sich deren Beschluß bei dem folgenden Erkenntnisse zu fügen. [59]) Jedes philosophischen Raisonnements und jeder Auslegung nach dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes habe er sich zu enthalten. [60]) Es ist bekannt, wie schnell sich diese Anordnungen als unausführbar erwiesen haben und wie schnell man von ihnen zurückgekommen ist. Schon durch die Kabinetsordres vom 8. und 21. März 1798, aus denen der Anhangsparagraph 2 des Landrechtes entnommen ist, ist jede Art der Interpretation des Gesetzes den Richtern wieder freigegeben worden. [61]) Man spöttelt daher leicht über diese ganze Idee, aber man kann sich der Wahrheit nicht verschließen, daß sie in der Praxis lange Zeit nachgewirkt hat und die Gerichtshöfe erst nach Bornemann's und Koch's großen Werken begonnen haben, von der kleinlichsten Verbalinterpretation abzugehen und den wieder erschlossenen Geist des Landrechtes zu erforschen.

---

[59]) Einleitung zum Allgem. Landrechte §. 46 ff. und Kabinetsordre Friedrich II. vom 14. April 1780 (N. C. C. Tom. VI. p. 1935).

[60]) Publikationspatent vom 5. Februar 1794, Alinea hinter Nr. XVIII.

[61]) N. C. C. Tom. X. p. 1609 No. 23. — Löwenberg: Motive, Bd. 2 S. 22 u. 114.

Ganz im Sinne dieser Auffassung ist die Suspension des landrechtlichen Familienrechtes und sein Verhältniß zu dem bisherigen Familienrechte geordnet. Suspendirt sollen nur solche Vorschriften des Landrechtes sein, welche das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig rezipirt gewesenen römischen oder anderen fremden Gesetzes enthalten, keinesweges aber solche Stellen,

1. welche blos den bisherigen üblichen Meinungen einiger Rechtslehrer widersprechen; oder
2. welche einer gewissen Erklärungsart dieses oder jenes römischen oder anderen fremden Gesetzes den Vorzug beilegen, oder
3. welche bisher zweifelhaft gewesene Rechtsfragen bestimmen.[62])

Man dachte sich also auch hier wohl die Thätigkeit des Richters ganz äußerlich. Er sollte in jedem einzelnen Falle, der zu seiner Entscheidung kam, feststellen, ob die einschlagende Frage im Provinzialrechte streitig oder auch nur zweifelhaft sei. Dann solle er weder an die bisher übliche Meinung der Rechtslehrer, noch an die durch Interpretation bisher gewonnenen Grundsätze gebunden sein, sondern das Landrecht aufschlagen und die darin getroffene Entscheidung zur Anwendung bringen. In dieser Weise ist denn auch von der Praxis verfahren worden. Es lag z. B. die Frage vor, ob bei der Absonderung des eigenthümlichen Vermögens einer überlebenden Ehefrau von dem Nachlasse ihres Mannes nur die vorhandenen Stücke des ohne besondere Veranschlagung des Werthes eingebrachten Mobiliars zum Vermögen der Frau gehörten, oder ob sie Ersatz für die fortgekommenen Stücke fordern könne. Es wurde nun entschieden: Im Justinianischen Kodex sei nur von exstantibus, aber nicht von consumtis mobilibus an der betreffenden Stelle die Rede. Was die Rechtslehrer sagten, seien nur Deduktionen und Interpretationen. Dabei gelangten sie nicht zu denselben Resultaten: Brunnemann, Helfeldt und Lobethan seien für Ersatz des Werthes, Mevius füge die Einschränkung hinzu, daß der Mann die Mobilien auch wirklich zum Gebrauche und zur Verwaltung übergeben erhalten haben müsse, und v. Balthasar sei der Ansicht, daß der Ersatz nur soweit zu leisten sei, als der Mann resp. der Nachlaß noch reicher sei. Es müsse daher das Landrecht zur Anwendung kommen, wonach bekanntlich die Frau keinen Ersatz für

---

[62]) Publikationspatent zum Allgemeinen Landrechte vom 5. Februar 1794, Nr. VII.

die fehlenden Stücke fordern kann, wenn dem Manne nicht Dolus oder grobes Versehen nachzuweisen ist.[63])

Es hat dies Verfahren den Anschein für sich, daß es sich genau an die Vorschriften des Publikationspatentes anschließt, dennoch aber ist es gänzlich zu verwerfen. Ob man das ganze Prinzip des älteren Rechtes aufgab und mit den übrigen unstreitigen Regeln desselben in Widerspruch gerieth, ist in der eben erwähnten Entscheidung nicht einen Augenblick erwogen.

Die Redaktoren des Landrechtes haben bei der Abfassung ihres Gesetzbuches nicht den Plan gehabt, daß sie nur das bestehende Recht fixiren und die darin obwaltenden Zweifel beseitigen wollten. Sie sind nie bedenklich gewesen, neues Recht zu schaffen, wenn sie dies der Vernunft und Billigkeit entsprechend fanden. Sie waren allerdings römisch-rechtlich gebildete Juristen und standen mit ihren ganzen Anschauungen auf dem Boden des usus modernus, haben ihn aber in der freiesten Weise behandelt. Nicht in dem Ausbau des alten Systemes von innen heraus durch Interpretation der vorgefundenen Prinzipien haben sie ihre Aufgabe gesehen, sondern in der Unterschiebung humaner und nützlicher Grundsätze unter die alten Rechtsregeln.[64]) Sie haben zum Theile ganz neue Voraussetzungen aufgestellt und diese dann weiter entwickelt. Wir verweisen hier nur auf die Erbfolgeordnung, die das augenfälligste Beispiel gewährt. Ebenso verhält es sich aber mit dem Güterrechte der Eheleute. Daß der Mann über die eingebrachten Mobilien der Frau, ohne daß sie einen Widerspruch habe, frei verfügen kann, und daß die Gläubiger des Mannes sich an die eingebrachten Mobilien der Frau zu ihrer Befriedigung wegen der Forderungen, die sie gegen den Mann allein haben, halten können, ohne daß die Frau deshalb interveniren darf, widerspricht der Idee des usus modernus, wonach die Frau Eigenthümerin ihres Vermögens verbleibt. Dennoch haben die Verfasser des Landrechtes dies eingeführt und zwar lediglich aus dem Grunde, um intrikate Prozesse von vornherein abzuschneiden. Nach dem früheren Rechte war die Frau die Verkäuferin, wenn die Veräußerung eines zu den Illaten gehörigen Grundstückes erfolgte, und der Mann mußte nur wegen seines Nieß-

---

[63]) Erkenntniß des Oberappellationssenates des Kammergerichtes in Matthis' Juristischer Monatsschrift, Bd. 8 S. 107.

[64]) Bornemann: Systematische Darstellung d. preußischen Civilrechtes, V. S. 72 (Ausgabe von 1845).

brauches seine Genehmigung geben. Im Landrechte ist dies umgekehrt. Der Ehemann ist hier der Verkäufer und die Frau wird nur zur Genehmigung zugezogen, damit sie das Geschäft nicht später anfechten kann. Der Mann erwirbt hier den Anspruch auf das Kaufgeld für sich und haftet für seine Person dem Käufer für die Erfüllung, für Gewährsmängel u. s. w., ohne daß die Frau berührt wird. Der Grund ist seine maritalische Gewalt über die Frau, welche die Redaktoren zur Erlangung glücklicher Ehen für nothwendig hielten, welche aber dem römischen Rechte unbekannt ist.

Es ist eine logische Unmöglichkeit, Entscheidungen, die auf positiven Grundsätzen beruhen, in ein anderes Rechtssystem zu übertragen, in welchem diese Grundsätze nicht gelten. Man zerstört dadurch das eine System, ohne es ganz zu beseitigen und ohne das andere an seine Stelle zu setzen. Man schwankt von einem Prinzipe zum anderen und verliert darüber alle Jurisprudenz und alle Sicherheit des Rechtes, denn diese ist nur herzustellen, wenn von feststehenden einheitlichen Grundsätzen aus die Rechtsregeln gebildet und die einzelnen Fälle, welche die Praxis bringt, danach entschieden werden.[65]) Wenn man eine Rechtssicherheit im Provinzialrechte erlangen will, muß man sich daher durchaus zu dem Grundsatze entschließen, daß das Allgemeine Landrecht zur Interpretation eines kontroversen oder zweifelhaften Satzes des rezipirten römischen Rechtes nur dann sich eignet, wenn die Prinzipien des Allgemeinen Landrechtes in der zutreffenden Materie mit denen des römischen Rechtes in seiner rezipirten Form übereinstimmen. Nur mit dieser Voraussetzung und mit dieser Einschränkung sind die Bestimmungen des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 Nr. VII. über die Kollision des Landrechtes mit dem Provinzialrechte anzuwenden.

Die Fassung des Publikationspatentes steht dieser Annahme nicht entgegen. Nach ihm soll das ältere Provinzialrecht bestehen bleiben, so weit es contra legem novam geht. Was nicht contra legem läuft, erklärt dabei das Gesetz selbst, indem es 1. opiniones doctorum, 2. interpretationes legis und 3. decisiones controversiarum et

---

[65]) Ob dem Verfasser des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 dies klar vorgeschwebt hat, kann dahin gestellt bleiben. Jedenfalls ist bei der Möglichkeit mehrerer Interpretationen diejenige zu wählen, welche logisch und vernünftig erscheint, bis der Nachweis geführt wird, daß Unlogisches und Unvernünftiges beabsichtigt ist.

dubitationum hierfür aufzählt. Allein mit dieser Negative ist die Sache nicht erschöpft. Ist das grade Gegentheil der landrechtlichen Intestat-Erbfolge die sächsische Lineal-Gradual-Erbfolge oder die römische Klassenordnung oder das lübische Recht mit den abgeschichteten Kindern? Ist das grade Gegentheil des landrechtlichen Güterrechtes unter Eheleuten die Lehre des Sachsenspiegels vom ungezweiten Gute oder des römischen Rechtes, wie es in den Justinianischen Rechtsquellen sich findet, oder das Dotalrecht, wie es im usus modernus sich ausgebildet hat? Das Richtige ist, daß sie alle gleich verschieden von ihm sind, da sie alle auf abweichenden Prinzipien beruhen. Ueberall, wo der oberste Grundsatz einer bestimmten Rechtsmaterie von dem des Landrechtes abweicht, liegt das Gegentheil des Landrechtes vor, mögen auch einzelne Schlußfolgerungen aus ihm mit den landrechtlichen Bestimmungen wieder zusammentreffen.

Mit den drei erwähnten Ausnahmen, die nach dem Publikationspatente niemals gegen das Landrecht zur Anwendung kommen sollten, hat es folgende Bewandtniß:

Betreffs der opiniones doctorum dachte man sich damals das bisherige Recht etwa so, als ob es einen festen Kern habe, welcher auf Gesetz, rezipirten Rechtsbüchern und Herkommen beruhe, und daß daneben Auswüchse beständen, die nichts als die Meinungen der Gelehrten für sich hätten. Diese Ansicht hatte einen Anschein der Richtigkeit für sich, da ja das römische Recht nicht unverändert rezipirt war, man über die Abweichung der Praxis von ihm nur bei den Rechtslehrern Rath erholen konnte und man sich daher daran gewöhnt hatte, ihre Meinung als Rechtsquelle selbst anzusehen. Im Grunde beruhte sie aber nur auf einer Verwechselung dessen, was rezipirtes Recht war, mit dem Mittel, wodurch man sich hierüber informirte. Die Ansichten der Rechtslehrer sind niemals eine Rechtsquelle in dem Sinne gewesen, daß sie positives Recht machten, sondern nur in dem Sinne, daß man aus ihnen ersehen konnte, was als positives Recht bereits gültig war und ist. Sie enthalten daher auch nicht eine Art Recht, die neben dem eigentlichen Rechte einherläuft, sondern sind nur die ausgesprochene Erkenntniß des Rechtes selbst, mag dieses auf Gesetz, rezipirten Gesetzbüchern oder auf Gewohnheit beruhen. Sie sind nur das Mittel zu seinem Verständniß und der erste Ausfluß derselben. Bei der Abfassung des Publikationspatentes ist man sich hierüber nicht klar

geworden, hat vielmehr die üblichen Meinungen der Rechtslehrer als eine Quelle des Rechtes in der Bedeutung aufgefaßt, als ob dadurch Recht geschaffen worden sei, und hat sie deshalb verworfen. Die Frage muß aber anders gestellt und dabei ein Unterschied gemacht werden. Beruhen die Ansichten der Rechtslehrer auf richtiger Auslegung des rezipirten Rechtes, so sind sie homogen mit diesem und können nicht entbehrt werden, ohne dieses aufzugeben. Sind sie dagegen durch logische Fehlschlüsse aus dem positiven Rechte gewonnen oder beruhen sie auf willkürlichen Ideen der Gelehrten, so sind sie einfach falsch und grundlos. Man hat daher bei ihnen zu prüfen, ob sie von richtigen Voraussetzungen ausgehen, auf rezipirtes Recht sich stützen und durch richtige Schlüsse entwickelt sind, oder ob sie auf willkürlichen Ideen der Gelehrten und logischen Fehlschlüssen beruhen. Im ersten Falle gelten sie vor dem Landrechte und müssen noch jetzt gelten, weil sie richtig sind und nicht ein besonderes Recht bilden, im zweiten Falle können sie keine Beachtung finden, weil sie von Anfang an falsch waren und noch jetzt falsch sind. Die Redaktoren des Publikationspatentes haben es denn auch gefühlt, daß bei der Verwerfung der Ansichten der Rechtslehrer eine Schranke sein müsse und deshalb haben sie die geschraubte Fassung gewählt: es solle von dem Landrechte nicht suspendirt sein, was blos den üblichen Meinungen einiger Rechtslehrer widerspreche. Der Schwerpunkt des Satzes ruht auf dem Worte „blos" und wird noch limitirt durch den Zusatz „einiger" vor Rechtslehrer. Es soll nur verworfen werden, was nicht aus dem rezipirten älteren Rechte hergeleitet werden kann, sondern lediglich auf Ansichten dieses oder jenes einzelnen Rechtslehrers, also auf Ideen von Privatmännern beruht. Ihr ausdrückliches Verbot läuft also auf etwas hinaus, was für die damalige Jurisprudenz vielleicht wichtig war, sich jetzt aber von selbst versteht und keiner besonderen Erwähnung werth gewesen wäre.

Etwas anders verhält es sich mit dem Gebote, daß die im Landrechte gegebenen Interpretationen den Vorzug vor anderen Auslegungsarten des älteren Rechtes und die getroffenen Entscheidungen von Kontroversen den Vorzug vor anderen Entscheidungen haben sollen. Beide Sätze sind im engsten Zusammenhange aufzufassen, denn verschiedene Erklärungsarten eines Gesetzes bilden eben eine Kontroverse oder eine zweifelhafte Rechtsfrage. Freilich haben die Redaktoren des Publikationspatentes wohl auch an den Fall gedacht, daß eine bisher

unbestrittene Auslegungsart eines älteren Rechtssatzes im Landrechte verworfen und durch eine andere Interpretation ersetzt sei, allein solche Fälle sind jetzt kaum noch zu erkennen, denn das Landrecht ist nicht wie ein Lehrbuch abgefaßt, in welchem Interpretationen älterer Gesetze gegeben sind. Es enthält nur positive Vorschriften, was künftig Recht sein soll, und seine Materialien ergeben, daß man in erster Reihe nach Bestimmungen gestrebt hat, die vernünftig und billig erschienen, mochten sie auch nicht mit dem bisherigen Rechte übereinstimmen. Findet sich daher ein Rechtssatz im Landrechte, der einem unbestrittenen Satze des älteren Rechtes, mag dieser auch auf Interpretation beruhen, entgegensteht, so muß in erster Reihe angenommen werden, daß die Redaktoren des Landrechtes zu ihrer Bestimmung nicht durch andere Interpretation des älteren Rechtes gelangt sind, vielmehr vom älteren Rechte abgewichen sind, weil sie die Grundsätze desselben nicht für billig und vernünftig erachtet haben. Man kann in einem solchen Falle daher nicht sagen, daß zwei Interpretationen vorliegen, vielmehr ist nur zuzugeben, daß dem älteren, auf Auslegung beruhenden Rechte ein anderes Recht gegenüber steht, von welchem aber nicht zu erkennen ist, ob es auf denselben Prinzipien beruht und nur durch andere Auffassung derselben aufgestellt ist. Eine Ausnahme ist nur zuzulassen, wenn aus der Fassung des Landrechtes selbst oder aus den Materialien desselben deutlich erhellt, daß die Absicht der Redaktoren gewesen ist, das alte Recht beizubehalten und nur eine fehlerhafte, obschon bisher unbestrittene Auslegung desselben zu berichtigen.

Unter Kontroversen und Dubitationen, für welche das Landrecht maßgebend sein soll, sind nicht alle Rechtssätze zu verstehen, über die irgend einmal ein Rechtslehrer oder ein erkennender Richter eine von der gemeinen Meinung abweichende Ansicht aufgestellt hat. Wollte man diesen Sinn dem Publikationspatente beilegen, so würde das Resultat sein, daß fast das ganze frühere Recht abgeschafft sein würde, denn welche Fülle von Rechtssätzen ließe sich aus dem Familienrechte zusammenstellen, über die gezweifelt oder gestritten worden ist. Die Absicht bei der Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theiles vom Landrechte ist nicht gewesen, das ältere Recht zu zerstören und aufzuheben. Man wollte es erhalten und durch Beseitigung seiner Kontroversen bestimmter machen. Als Kontroversen und Dubitationen des älteren Rechtes im Sinne des Publikationspatentes sind nur

Streitfragen zu betrachten, welche zu damaliger Zeit als solche anerkannt und erörtert wurden. Das Publikationspatent spricht nur von bisher zweifelhaften Rechtsfragen. Was erst nachher durch den Fortschritt der Forschung und Wissenschaft im römischen und sächsischen Rechte streitig und zweifelhaft geworden ist, darüber enthält das Publikationspatent keine Vorschrift. Die Bestimmungen des Landrechtes sind daher zur Entscheidung eines zweifelhaften Punktes des römischen oder sächsischen Rechtes nur heranzuziehen, wenn aus ihrer Fassung selbst oder aus den Materialien des Landrechtes zu erkennen ist, daß die Redaktoren die Absicht gehabt haben, über eine damals bekannte und zur Erörterung gestellte Kontroverse eine Entscheidung zu treffen. Endlich ist es nicht eine Entscheidung und Bestimmung einer Kontroverse, wenn in irgend einem fremdartigen Zusammenhange eine Vorschrift aufgestellt wird, die an die Stelle des Streitpunktes treten kann und diesen abschneidet. Als eine Bestimmung einer zweifelhaften Rechtsfrage kann es nur gelten, wenn ohne Anwendung von neuen Prinzipien, lediglich aus dem bisherigen Rechte einer von den danach möglichen Erklärungsarten der Vorzug vor den anderen gegeben wird.

Im Ganzen sind folgende Grundsätze über die Kollision des Landrechtes mit dem früheren Provinzialrechte betreffs des Familienrechtes zu beobachten. Das Landrecht bleibt immer ausgeschlossen, wenn das Prinzip des älteren Rechtes von ihm abweicht, mögen auch einzelne Schlußfolgerungen aus diesem mit den landrechtlichen Bestimmungen wieder zusammentreffen. Die wissenschaftlichen Werke der vorlandrechtlichen Juristen sind zum Verständniß und zur Erforschung des Provinzialrechtes durchaus geeignet und die darin enthaltenen Ansichten sind nur zu verwerfen, wenn sie auf logischen Fehlschlüssen oder auf willkürlichen im Rechte nicht begründeten Ideen beruhen. Streitfragen und zweifelhafte Punkte des älteren Rechtes sind nach dem Zusammenhange und des Systemes desselben ohne Rücksicht auf das Landrecht zu entscheiden. Eine Ausnahme tritt ein, wenn aus der Wortfassung des Landrechtes oder aus den Materialien desselben erhellt, daß eine Bestimmung des Landrechtes eine Auslegung eines älteren Gesetzes oder eine Entscheidung einer zur Zeit der Publikation des Land-

rechtes bekannten und zur Erörterung stehenden Streitfrage enthält, und daß die Redaktoren des Landrechtes bei der getroffenen Bestimmung sich innerhalb der Grenzen des älteren Rechtes bewegt und von keinen neuen, dem älteren Rechte unbekannten Grundsätzen geleitet worden sind.

v. Scholtz-Hermsdorf hat sich zwar nicht direkt in dieser Weise ausgesprochen. Ihn banden bei seiner Aufgabe, ein Gesetzbuch herzustellen, auch neuere Reskripte, welche die Grenzen des Provinzialrechtes enger ziehen wollten, als die Absicht des Publikationspatentes vom 5. Februar 1794 gewesen ist.[66]) Dennoch hat ihn die innere Nothwendigkeit der Sache fast immer dahin geführt, nach denselben Grundsätzen zu verfahren. Sie sind daher durchaus anzuerkennen und in der Praxis zu beobachten.

## IV. Handlungsfähigkeit der Frau.

Das Allgemeine Landrecht hat keine Geschlechtskuratel angeordnet, dagegen die Stellung der Frau etwa so geregelt, wie sie in denjenigen Partikularrechten sich findet, in welchen eine solche Cura sexus gilt. Nach seinem Systeme gestaltet sich die Sachlage daher so, daß die Frau, welche vor der Ehe durchaus handlungsfähig ist, durch die Verheirathung eine wesentliche Einbuße in ihrer Handlungsfähigkeit erleidet und gleichsam eine Capitis diminutio erfährt.[67]) In Ansehung ihres eingebrachten Vermögens sind alle ihre während der Ehe ohne Beitritt ihres Mannes gemachten Schulden nichtig, so daß sie auch nach Auflösung der Ehe nicht gegen sie verfolgt werden können.[68]) Der gewählte Ausdruck „Schulden" ist im weitesten Sinne zu fassen und begreift in sich nicht nur Darlehne, sondern jeden verpflichtenden lästigen Vertrag und jeden rechtlichen Akt, wodurch das Eingebrachte belastet wird oder in Anspruch genommen werden kann. Ihr gesetzlich oder kontraktlich vorbehaltenes Vermögen kann sie zwar ohne Einwilligung des Mannes mit Schulden belasten, doch muß Der, welcher ihr auf das vorbehaltene Vermögen Kredit giebt, seine Forderung durch Eintragung in das

[66]) Scholtz-Hermsdorf: Provinzialrecht, Einleitung zu Abtheil. II. S. 35 und 42 (Ausgabe von 1834).

[67]) Schmidt: Das preußische Familienrecht, S. 123 u. 130.

[68]) §. 310 Tit. 1 Th. II A. L.-R.

Hypothekenbuch oder durch Uebergabe des Obligationsinstrumentes oder der beweglichen Sache sich besonders versichern lassen, widrigenfalls er während der Ehe keine Befriedigung fordern darf, vielmehr damit warten muß, bis die Ehe aufgelöst ist. [69]) Nach dem Landrechte fehlt der Frau daher an sich die Dispositionsfähigkeit. Sie ist ihr nur für ihr vorbehaltenes Vermögen und auf Höhe desselben eingeräumt und über dasselbe hinaus kann sie ohne Genehmigung ihres Mannes sich nicht verpflichten. Schmidt sagt ganz zutreffend: „In unseren Gesetzen ist keine einzige Stelle enthalten, welche ausspricht, daß Frauen fähig sind, einseitig sich persönlich zu verpflichten, wenn die Wirkung der persönlichen Obligation auch erst nach Auflösung der Ehe geltend gemacht werden soll. Die Disposition der Frau wird lediglich auf ihr vorbehaltenes Vermögen bezogen. Das vorbehaltene Vermögen figurirt insoweit als die verpflichtete Person selbst und die Schuld wird als eine Reallast behandelt, welche auf diesem Gute ruht, aber nicht die Person der Frau selbst bindet.“ [70])

In der Mark Brandenburg gilt dies Alles nicht, da es neues Recht ist, welches in der Mark vor der Publikation des Allgemeinen Landrechtes unbekannt war. Die kursächsischen Juristen haben allerdings bei dem Ausbau des usus modernus auf das altdeutsche Mundium zurückgegriffen und sind schließlich dahin gelangt, die Gültigkeit aller Rechtshandlungen unverheiratheter Frauenspersonen von dem Beitritte ihres Kurators und der verheiratheten Frauen von dem Beitritte ihrer Männer abhängig zu machen. [71]) Allein in der Mark ist nur die vereinzelte Stimme von Müller aufzufinden, der sich für gleiches Recht ausspricht. Im Uebrigen ist niemals kontrovers gewesen, daß in der Mark der Grundsatz des römischen Rechtes zur Anwendung kommt, wonach die Handlungsfähigkeit einer Frau durch deren Verheirathung an sich keine Einschränkung erleidet. [72]) Verpflichtungen, welche sie in stehender Ehe ohne Zuziehung ihres Mannes eingeht, sind keineswegs

---

[69]) §. 319 a. a. O.

[70]) Schmidt: Familienrecht, S. 130.

[71]) Curtius: Kursächsisches Civilrecht I. §. 126 (Ausgabe von 1797, S. 121), und Haubold: Lehrbuch des sächsischen Privatrechtes, §. 70 (Ausg. v. 1820, S. 75).

[72]) Gutachten des Tribunales v. 9. Januar 1781 und Hofreskript v. 11. März 1781 bei Stengel: Beiträge II. S. 65 u. 69. – Scholtz-Hermsdorf: Provinzialrecht II. S. 38.

nichtig, sondern für ihre Person durchaus rechtsbeständig und verbindlich, wenn sie nicht etwa minderjährig ist. Verweigert der Mann seinen Beitritt oder widerspricht er einem Rechtsgeschäfte, welches die Frau abschließt, so hat dies auf die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit des Geschäftes in Ansehung der Frau keine Wirkung. Seine maritalische Gewalt geht nicht so weit, daß sie die Handlungsfähigkeit der Frau beschränkt. Er hat keine Befugniß, ihr ein Rechtsgeschäft zu verbieten, wenigstens hat sein Verbot nicht die Wirkung, daß die Handlung seiner Frau unverbindlich wird, mag der Dritte, der mit der Frau kontrahirt, auch das Verbot kennen. —

Der Unterschied des preußischen Landrechtes, ob die Frau mit Rücksicht auf ihr vorbehaltenes Vermögen oder auf ihre Illaten kontrahirt, verliert im brandenburgischen Provinzialrechte seinen prinzipiellen Werth. Nichtig sind ihre Rechtshandlungen, welche sie ohne Beitritt ihres Mannes oder unter dem Widerspruche desselben vornimmt, niemals. Ob sie vorbehaltenes Vermögen hat, oder ob ihr ganzes Vermögen als Illatum anzusehen ist, ist nur eine Frage des praktischen Erfolges, welche sich bei der exekutivischen Verfolgung des Anspruches gegen sie zeigen kann, aber von vorn herein auf die Gültigkeit des Geschäftes und seine Klagbarkeit nicht von Einfluß ist. Schon Suarez hat in der Revisio monitorum hervorgehoben, wie bedenklich die Bestimmung sei, daß eine Frau, welche auf ihre bona receptitia ohne Beitritt ihres Mannes Kredit nimmt, deshalb in stehender Ehe nur belangt werden kann, wenn sie Pfand bestellt hat. Aus seinen Bemerkungen geht auch hervor, daß die Redaktoren des Allgemeinen Landrechtes sich wohl bewußt waren, in diesem Punkte neues Recht zu schaffen. [73]) In der Mark gilt dies daher nicht. Auch wenn die Frau die in §. 319 Tit. 1 Th. II. Allg. L.-R. erwähnte Sicherheit nicht bestellt, kann sie in gültiger Weise ohne Beitritt ihres Mannes Kredit auf ihr vorbehaltenes Vermögen nehmen, ja dieses haftet für alle ihre Verbindlichkeiten, die sie in stehender Ehe ohne Zuziehung ihres Mannes eingegangen ist, mag sie auch nicht mit ausdrücklicher Bezugnahme auf dasselbe kontrahirt haben.

Im Ganzen ist als bestehendes Provinzialrecht anzusehen, daß alle Rechtsgeschäfte, welche eine Frau während ihrer Ehe ohne Beitritt ihres Mannes oder gegen dessen

[73]) Bornemann: Systematische Darstellung V. S. 88.

Verbot abschließt, für sie durchaus verbindlich und sofort klagbar sind; daß ihr Kontrahent wegen seiner Ansprüche aus solchen Geschäften an ihr vorbehaltenes Vermögen ohne Einschränkung sich halten kann, wenn sie auch nicht mit Bezug auf dieses gehandelt und keine Sicherheit damit bestellt hat; daß ihr Kontrahent nur durch das kollidirende, maritalische Nießbrauchsrecht des Mannes, über welches unten gehandelt werden soll, gehindert wird, das eingebrachte Vermögen der Frau als Gegenstand der Exekution zu wählen; und daß er nach Auflösung der Ehe auch gegen dies Vermögen der Frau wegen solcher Ansprüche vorgehen kann, welche er aus Rechtsgeschäften der Frau in stehender Ehe ohne Konsens des Mannes erworben hat.

In neuerer Zeit ist hieran durch das deutsche Handelsgesetzbuch eine Aenderung geschehen. Nach dem Provinzialrechte der Mark konnte die Frau unzweifelhaft für sich allein bestimmen, ob sie ein Erwerbsgeschäft betreiben wollte und es gab keine Vorschrift, die ihr verbot, Handelsgeschäfte zu wählen und als Handelsfrau sich zu etabliren. Ein Widerspruchsrecht hatte der Mann nicht, nur hatten die Schulden, welche sie als Handelsfrau machte, ihm gegenüber keine andere Wirkung als andere Verbindlichkeiten, welche sie in stehender Ehe einging. Sein Nießbrauchsrecht an den Illaten wurde nicht berührt, wenn er nicht die Genehmigung zu dem Geschäfte der Frau gegeben hatte. Das deutsche Handelsgesetzbuch bestimmt nun, daß eine Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes nicht Handelsfrau sein könne, daß jedoch als Einwilligung des Mannes gelten solle, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes Handel treibe. [74]) Es räumt ihm also jedenfalls ein Recht des Widerspruches ein, und die Frage entsteht, welche Wirkung dieser Widerspruch hat, wenn die Frau ihn nicht beachtet und dennoch Handelsgeschäfte gewerbsmäßig betreibt. Das Handelsgesetzbuch enthält hierüber keine Bestimmung. Es ordnet nicht an, daß in diesem Falle die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten nichtig sein sollten. Vermittelst des Argumentum de contrario kann dies nicht aus der Vorschrift gefolgert werden, daß Handelsfrauen für die Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen ohne Rücksicht

[74]) Art. 7 Allg. deutsches Handelsgesetzbuch.

auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch oder die sonstigen an ihrem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemannes haften,[75]) denn es verbleiben noch andere Möglichkeiten, die als Gegensatz zu dieser Vorschrift aufgefaßt werden können, z. B. daß ihr ganzes Vermögen erst nach Trennung der Ehe, also nach Wegfall der Rechte des Mannes, verhaftet sei. Das Richtige ist, daß in einem solchen Falle, oder wenn die Frau ohne Vorwissen des Mannes mit Handelsgeschäften beginnt, auf die Landesgesetze, d. h. auf das Provinzialrecht zurückgegangen werden muß. Hat daher in der Mark eine Frau gegen den Einspruch ihres Mannes oder ohne sein Wissen als Handelsfrau sich etablirt, so sind ihre Geschäfte nicht nichtig. Sie haftet dann für alle Verbindlichkeiten, die sie in dieser Beziehung eingegangen ist, für ihre Person und ihr vorbehaltenes Vermögen kann deswegen sofort, ihr eingebrachtes aber nach Auflösung der Ehe in Anspruch genommen werden (Abschnitt XIX).

Wechselfähig sind die brandenburgischen Ehefrauen, da sie sich gültig durch Verträge verpflichten können,[76]) doch darf ihr eingebrachtes Vermögen wegen ihrer ohne Genehmigung des Mannes eingegangenen Wechselschulden in stehender Ehe nicht zum Gegenstande der Exekution gemacht werden, weil auch hier das zu erwähnende Recht des Mannes kollidirt.

## V. Handlungsfähigkeit der Wittwe.

Die Frage, ob eine Wittwe in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkter sei als eine Ehefrau in stehender Ehe, ist daraus entstanden, daß eine ihren Mann überlebende Frau bei dem Mangel eines Testamentes als dessen Erbin aus der Joachimischen Konstitution vom Mittwoch vor Franzisci 1527 angesehen wird, daß sie aber aus dem Nachlasse des Mannes ihre statuarische Hälfte nur erhält, wenn sie ihr eigenes Vermögen zur Theilung einwirft. Man hat angenommen, daß dadurch eine Gütergemeinschaft zwischen ihr und ihren Miterben entstehe und ihr nur unter Beitritt ihrer Miterben die Dispositionsbefugniß über

---

[75]) Art. 8 a. a. O.

[76]) Art. 1 der deutschen Wechselordnung.

ihr Vermögen freistehe, bis sie entweder der Erbschaft entsagt oder sich über sie mit den Miterben auseinandergesetzt habe.

Bis zum Jahre 1844 ist hiernach bei den Abtheilungen des Stadtgerichtes zu Berlin, welche Grundbuchssachen, sowie Kredit- und Nachlaßsachen zu bearbeiten haben, verfahren worden, indem sie annahmen, daß eine Wittwe über eine auf ihren Namen als Ehefrau eingetragene Hypothekenpost und ein so eingetragenes Grundstück nur verfügen könne, wenn sie den Nachweis führe, daß ihr bei der Erbtheilung der Verlassenschaft ihres Mannes dies Grundstück oder dies Aktivum von ihren Miterben übereignet worden sei, oder daß sie sich für Nichterbin ihres Mannes erklärt habe. Dagegen erachteten die Prozeßabtheilungen desselben Gerichtes jede Wittwe, wenn es sich auch um solche Stücke ihres Vermögens handelte, als legitimirt zur Sache, ohne jenen Nachweis zu fordern, und ließen sie ohne weiteres als Klägerin zu.

Schon früher war diese Frage an die höheren Instanzen gelangt. Das Kammergericht hatte die Hypothekenabtheilung des Stadtgerichtes zu Berlin wiederholt angewiesen, in den bezeichneten Fällen von dem geforderten Nachweise Abstand zu nehmen und der Justizminister hatte dies genehmigt. [77]) In gleichem Sinne hatte das Obertribunal einen Fall unter dem 27. Februar 1837 [78]) entschieden, indem es ausführte, daß nach der dem überlebenden Ehegatten gelassenen Wahl, ob er Erbe sein wolle, die Einwerfung seines eigenen Vermögens keinesweges eine ipso jure eintretende Folge seiner Benefizialerbenqualität, vielmehr nur ein Ausfluß seiner freien Entschließung sei.

Am 4. Juni 1844 wurde denn auch in der Plenarsitzung des Stadtgerichtes zu Berlin beschlossen, daß der überlebende Ehegatte, so lange nicht erhelle, daß er sein Vermögen als statutarischer Erbe einwerfen zu wollen erklärt habe, über sein eigenthümliches Vermögen die freie Verfügung habe und den Nachweis, daß er nicht Erbe geworden oder daß ihm die Erben des verstorbenen Gatten das ausschließliche Eigenthum seines eigenen Vermögens wieder übereignet hätten, nicht zu führen brauche. [79])

Seitdem ist immer so verfahren und es kann auch keinem Bedenken unterliegen, daß dies das Richtige ist.

---

[77]) Reskript v. 7. Dez. 1832, bei Mannkopf: Ergänzungen d. Landrechtes III. S. 98.

[78]) Entscheidungen, Band II. S. 143.

[79]) Generalakten des Stadtgerichtes, betreffend die Plenarsitzungen, Abtheilung III Nr. 95 Blatt 208.

Was zunächst die Handlungs- und Vertragsfähigkeit der Wittwen an sich betrifft, so kann kein Zweifel obwalten, daß sie durch den Tod ihres Mannes keine Einbuße daran erleidet. Sie kann Schulden machen, Verträge aller Art schließen und Verpflichtungen eingehen und dies Alles ist für sie und ihre Person durchaus verbindlich, denn selbst nach dem Landrechte hört die maritalische Gewalt, wonach Rechtshandlungen einer Frau ohne Beitritt ihres Mannes nichtig sind, mit dem Tode des Mannes auf. Eine Geschlechtskuratel für Wittwen ist im märkischen Provinzialrechte ebenso unbekannt als im preußischen Landrechte.

Die Frage kann nur sein, ob ihre Rechtshandlungen gegenüber ihren Miterben unverbindlich sind, weil ihr eigenes Vermögen mit dem Tode des Mannes ein Theil der Nachlaßmasse wird, ob sie also nur für ihre Person sich verpflichten kann, aber nicht ihr Vermögen aus der gemeinsamen Masse herausziehen darf, wenn sie nicht überhaupt der Erbschaft entsagt. Dies muß aber verneint werden. Mann und Frau stehen sich hier gleich. Ein Unterschied zwischen Wittwern und Wittwen ist nicht zu machen, da das Erbrecht für beide ein gleiches ist. Ebenso ist es unerheblich, ob es sich um vorbehaltenes oder eingebrachtes Vermögen der Frau handelt, weil ihre Verpflichtung zur Einwerfung sich auf ihr ganzes Vermögen erstreckt, mag dieses während der Ehe Illatenqualität gehabt oder zum Receptitium gehört haben. Die Pflicht des überlebenden Ehegatten, sein eigenes Vermögen zur Theilung einzuwerfen, ist zwar keine bloße Kollationspflicht, wenn man darunter versteht, daß der Kollationsverpflichtete sich nur den Werth seiner eigenen Sachen auf seinen Erbtheil anrechnen müsse. Der überlebende Ehegatte muß seine eigenen Sachen in Natur herausgeben und diese werden bei der Theilung ebenso behandelt, als ob sie Eigenthum des Erblassers gewesen seien. Allein die Miterben können dem überlebenden Ehegatten die Einwerfung erlassen und er kann, bis ihm durch förmliches Erkenntniß die Wohlthat des Inventares abgesprochen ist, der Erbschaft nach dem zuerst verstorbenen Ehegatten mit der Wirkung entsagen, daß er sein Vermögen als freies Eigenthum heraus bekommt. Der Anspruch der Miterben auf Herausgabe seines Vermögens zur Theilung hängt daher davon ab, ob er definitiv für einen Erben ohne die Wohlthat des Inventares erklärt wird. In der Zwischenzeit wird der überlebende Gatte freilich auch als Erbe betrachtet, allein den Miterben gegenüber hat dies nur die Bedeutung, daß ihm das Wahl-

recht, ob er der Erbschaft noch entsagen will, offen bleibt. Dies ist der Sinn des Benefizium des Inventares, wie das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 es für ihn konstruirt hat.[80]) Dem Dritten gegenüber erscheint der überlebende Ehegatte während der Fristen, bis ihm das Benefizium des Inventares aberkannt ist, als freier Eigenthümer seines Vermögens und die Miterben haben kein Interventionsrecht, wenn er dazuschreitet, einzelne Stücke aus seinem Vermögen zu veräußern. Sie erlangen dadurch nur einen Anspruch auf Schadenersatz, welchen sie bei der Theilung der Erbschaft gegen den überlebenden Ehegatten geltend machen können.

## VI. Prozeßfähigkeit der Frau.

Aus der unbeschränkten Vertrags- und Handlungsfähigkeit der Frau, welche von dem Willen des Mannes nicht abhängig ist, folgt eigentlich, daß sie durchaus prozeßfähig sein müßte. Wollte man dies nicht annehmen, so verkümmerte man ihre Handlungsfähigkeit, denn wer ein Recht hat, muß auch die Befugniß haben, es vor Gericht verfolgen zu können. Es ist dies eben die wirksamste Aeußerung jedes Rechtes. Der Prozeß ist aber ein eigenes, für sich bestehendes Rechtsgeschäft und die Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, welche hierüber disponirt, ist in der Mark nicht suspendirt. Ihre Bestimmungen erscheinen daher als positive Vorschriften, welche unabhängig von dem materiellen Rechte zur Anwendung kommen, mögen sie mir diesem auch nicht harmoniren. Nach der Gerichtsordnung für die preußischen Staaten gilt als allgemeine Regel, daß Frauen ohne Beitritt ihrer Männer nicht prozeßfähig sind und nicht vor Gericht auftreten dürfen. Hiervon gelten nur folgende Ausnahmen. Sie bedürfen des Beitrittes ihrer Männer nicht, wenn es sich lediglich um ihr vertragsmäßig vorbehaltenes Vermögen handelt, oder wenn sie gegen ihre Ehemänner klagen.[81]) Bei Prozessen, welche das gesetzlich vorbehaltene Vermögen der Frau, ingleichen die zur Substanz des Eingebrachten gehörigen Grundstücke und Gerechtigkeiten, oder solche eingebrachten Kapitalien betreffen, welche auf den Namen der Frau oder ihrer Rechts-

[80]) §. 3 Abtheil. II. Verordnung vom 30. April 1765. — Raabe, I. 3. S. 22 und Nov. Corp. Con. III. S. 689.

[81]) §. 16 Tit. 1 Th. I. A. G.-O.

vorgänger eingetragen sind, soll die Frau nur im Beistande ihres Mannes vor Gericht auftreten können, sei sie Klägerin oder Verklagte. Doch soll sie allein zugelassen werden, wenn sie bescheinigt, daß ihr Mann seinen Beitritt verweigert und sie eine zur Deckung der Kosten genügende und von dem Nießbrauche des Mannes unabhängige Kaution bestellt. Kann oder will sie diese Kaution nicht bestellen, so muß das Gericht ihren Mann über die Ursachen seiner Weigerung vernehmen und, wenn es dieselben nicht offenbar erheblich findet, ihn zum Beistande seiner Frau anhalten. [82]) Prozesse um andere Gegenstände des eingebrachten Vermögens der Frau kann der Mann allein führen.

Bei diesen Bestimmungen hat die Gesetzgebung nur Prozesse um Vermögensrechte in Rücksicht genommen. An Klagen um Statusrechte der Frau hat man nicht gedacht, denn es ist jedenfalls nicht konsequent, daß man einer Frau wegen ihres kontraktlich vorbehaltenen Vermögens und, wenn sie Kaution bestellt, wegen der Substanz ihres Eingebrachten in den obigen Grenzen die Befugniß giebt, wider den Willen ihres Mannes vor Gericht aufzutreten, und ihr diese Befugniß nimmt, wenn es sich z. B. darum handelt, ob sie die Rechte eines ehelichen oder eines unehelichen Kindes u. dgl. m. haben soll. Auch Klagen um ein Erbrecht der Frau passen nicht in das System der Gerichtsordnung, denn man kann bei diesen nicht darauf sehen, aus welchen Stücken der Nachlaß besteht, ob also z. B. Grundstücke und Kapitalien dazu gehören. Ein Streit um ein Erbrecht ist etwas Anderes als ein Streit um den Umfang des Nachlasses und beide dürfen nicht mit einander vermischt werden. Wie die Bestimmungen der Gerichtsordnung liegen, muß man den Frauen in allen solchen Prozessen das Auftreten vor Gericht ohne Beitritt ihrer Männer verweigern, weil die Regel der Gerichtsordnung ganz allgemein ist und solche Rechtsstreite nicht unter die ausdrücklich zugelassenen Ausnahmen fallen.

Eine andere Frage ist, was unter vertragsmäßig vorbehaltenem und unter gesetzlich vorbehaltenem Vermögen im Sinne der Gerichtsordnung zu begreifen ist, ob namentlich zu dem Ersteren die Fälle gehören, wo der Frau Etwas von einem Dritten mit der Bestimmung zugewendet worden ist, daß der Mann daran kein Verwaltungs- und Nießbrauchs-

---

[82]) §. 19 u. 20 Tit. 1 Th. I. A. G.-O. — Koch: Civilprozeß §. 85 (S. 192) meint, daß der Richter den Mann in diesem Falle zur Bestellung der Kaution für die Frau anhalten könne. Es wäre dies offenbar einfacher und zweckmäßiger, allein die Worte des Gesetzes besagen etwas Anderes.

recht haben solle, [53]) wo die Frau als Handelsfrau anzusehen ist, weil der Mann ihrem Beginne von Handelsgeschäften nicht widersprochen hat, [54]) und wo die Frau Ansprüche verfolgt, die sie durch ihre artifizielle Thätigkeit erworben hat. [55]) Alles dies sind Gegenstände ihres vorbehaltenen Vermögens und doch beruht der Vorbehalt derselben von dem maritalischen Nießbrauchsrechte des Mannes nicht auf einem Vertrage, welchen die Frau mit dem Manne abgeschlossen hat. Das Richtige ist Folgendes. Die Rechte des Mannes berühren das vorbehaltene Vermögen der Frau nicht und deshalb muß auch als Regel angenommen werden, daß sie wegen des vorbehaltenen Vermögens Prozesse führen kann, ohne dazu der Genehmigung des Mannes zu bedürfen. Unter gesetzlich vorbehaltenem Vermögen versteht das Allgemeine Landrecht nur solche Stücke aus der gemeinsamen Wirthschaft der Eheleute, welche ihrer Natur nach zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind, und die der Frau vom Manne versprochene Morgengabe. Es stellt dasselbe aber nicht gänzlich aus der Rechtssphäre des Mannes, indem es ihm die Lasten und Kosten desselben auferlegt, falls die Frau keine vorbehaltenen Kapitalien oder Einkünfte hat, und ihm ferner, wenn die Frau in Ansehung desselben sich eines unwirthschaftlichen Betragens verdächtig macht, die Befugniß giebt, Maßregeln zu dessen Verhütung zu treffen, während die Frau die Lasten und Kosten des vertragsmäßig vorbehaltenen Vermögens aus diesen tragen muß und der Mann in die Verwaltung dieses Vermögens nur eingreifen darf, wenn sie einer wirklichen Verschwendung sich schuldig macht. [56]) Es läßt sich daher nicht verkennen, daß dem Manne ein gewisses Recht der Kontrole an der Morgengabe und an den Stücken, die zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind, eingeräumt ist, und als eine Erweiterung desselben die Bestimmung der Gerichtsordnung hinzugefügt ist, daß die Frau auch wegen dieser Gegenstände nicht ohne Weiteres mit Umgehung des Mannes Prozesse führen solle. Der Grund ist, daß die Morgengabe immer und die zum Gebrauche der Frau bestimmten Gegenstände der gemeinsamen Wirthschaft der Regel nach von dem Manne angeschafft werden. Dieser Grund fehlt nun aber in allen anderen Fällen, wo vorbehaltenes Ver-

---

[53]) §. 214 II. 1 A. L.-R.

[54]) Art. 7 deutsches Handelsgesetzbuch.

[55]) Abschnitt XVI. dieses Aufsatzes.

[56]) §§. 224—229 II. 1 A. L.-R.

mögen der Frau vorliegt, und deshalb muß der Grundsatz gelten: Die Frau kann in Betreff alles vorbehaltenen Vermögens, mag es auch nicht auf einem zwischen ihr und dem Manne abgeschlossenen Vertrage beruhen, als Regel ohne Zuziehung ihres Mannes vor Gericht klagen und beklagt werden [87]) und hiervon gilt nur die Ausnahme, daß sie bei Prozessen um Gegenstände, welche zur Morgengabe gehören oder ihr zu ihrem persönlichen Gebrauche vom Manne gegeben sind, des Beistandes ihres Mannes im Umfange des Tit. 1 §. 19 Th. I. A. G.-O. bedarf.

## VII. Vermögen der Frau und die mucianische Präsumtion.

In der Mark gilt keine Gütergemeinschaft unter Eheleuten während des Bestehens ihrer Ehe. Sie leben mit getrennten Gütern. Die Frau behält das Eigenthum an ihrem Vermögen.

Es waltet in der Mark die Präsumtion ob, daß Alles, was im Besitze beider Eheleute gefunden wird, zum Vermögen des Mannes gehört. [88]) Im preußischen Landrechte ist dieser Satz nicht direkt ausgesprochen, gilt aber dennoch in ihm, da er die Voraussetzung vieler seiner Vorschriften bildet. In das Provinzialrecht ist dieser Grundsatz aus dem römischen Rechte übernommen worden, wo er als praesumtio muciana bezeichnet zu werden pflegt. Allerdings hatte diese Präsumtion im römischen Rechte zuerst einen anderen Sinn. Im Zweifel sollte bei allem Vermögen einer Frau angenommen werden, sie habe es von ihrem Manne erhalten, damit man nicht einem schmutzigen Erwerbe der Frau nachzuspüren habe. [89]) Sie beruhte also auf höchst verkehrten sittlichen Anschauungen, setzte einen turpis quaestus bei Frauen voraus und gab den Frauen das Privilegium, daß Niemand hiernach forschen solle. Allein schon im Justinianischen Kodex ist die Bedeutung umgekehrt und aus der Begünstigung der Frauen eine Begünstigung ihrer Männer gemacht, indem nun die Präsumtion nicht mehr allein zur Schonung des guten Rufes der Frauen, sondern auch zur Begründung des Rechtes der Männer an Vermögensstücken, die

---

87) Art. 9 d. deutschen Handelsgesetzbuches.

88) Kohl: Decl. accurata Quaest. VII. N. 33 u. 36 (Ausg. v. 1731 S. 184).

89) Evitandi turpis quaestus gratia circa uxorum hoc videtur Quintus Mucius probasse. Lex 51 Dig. 24, 1. (De Donationibus.)

die Frauen auf ihren Namen ausgethan haben, gelten solle.[90]) In diesem Sinne ist sie von dem modernen Usus aufgenommen und dahin generalisirt worden, daß eine Frau, welche Sachen als die ihrigen gegen ihren Mann oder dessen Rechtsnachfolger anspricht, zu beweisen hat, daß sie dieselben entweder eingebracht oder während der Ehe von Dritten erworben habe.[91]) Ganz ohne Kontroverse ist dieser Punkt aber nicht. Namentlich streitet man darüber, ob die mucianische Präsumtion auch Platz greife, wenn ein lediger Mann eine haussässige Wittwe heirathe.[92]) Andreas Kohl faßt die Präsumtion enger und stellt nur den Satz auf, daß regelmäßig Alles, was im Hause oder in der Wohnung des Mannes vorgefunden, ihm so lange zugesprochen werden müsse, bis die Frau beweise, daß es ihr Eigenthum sei. Er übersieht also, daß gerade eine Forderung der Frau, die sie auf ihren Namen erworben hatte, vorlag, als Justinian bestimmte, daß die mucianische Präsumtion auf sie Platz greifen und angenommen werden solle, die Frau habe das Geld dazu vom Manne erhalten. Kohl sieht daher auch lediglich auf den Besitz und will unterscheiden, ob sich die Vermögensstücke auf dem Grundstücke der Frau oder dem des Mannes befänden und hiernach eine Vermuthung für die Erstere oder für den Zweiten obwalten lassen. Ferner will er eine Ausnahme machen, wenn der Nachweis geführt wird, daß der Mann ohne Geschäft sei und daß die Frau Paraphernalvermögen habe,[93]) und wenn es sich um Gegenstände handele, welche nach ihrer Qualität zu dem ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt seien. Allein diese Fälle erschöpfen die Frage nicht.

Die mucianische Präsumtion ist ihrem letzten Grunde nach nichts als eine Prozeßmaßregel, die die Rollen des Klägers und Beklagten ordnet, sowie die Beweislast vertheilt. Sie ist nothwendig, weil bei der gemeinsamen Oekonomie der Eheleute, die doch auch bei dem Ausschlusse der Gütergemeinschaft die Regel bildet, von dem ausschließlichen Besitze des einen oder des andern Gatten nicht die Rede sein, wenigstens auf ihn kein entscheidendes Gewicht gelegt werden kann. Die mucianische Präsumtion ist

---

[90]) Lex. 6 Cod. 5, 16. (De don. int. vir. et uxor.)

[91]) Stryk: Usus modernus pand. zu Tit. 1 Buch 24 §§. 12—?? (S. 245); und Glück: Erläuterung der Pandekten, Bd. 26 S. 219.

[92]) Glück, a. a. O., S. 219; und Holzschuher: Theorie und Kasuistik des Civilrechtes, S. 597 (Ausgabe von 1863).

[93]) Kohl: Decl. accurata. Quaest. 7 Nr. 35—39.

in dieser Beziehung das Generelle und wird daher immer ausgeschlossen, sobald spezielle Umstände dargethan werden, die für ein anderes Verhältniß unter den Eheleuten sprechen. Die oben angeführten Fälle sind zu ungenügend gefaßt, um sie als allgemeine Ausnahmen anerkennen zu können. Hat ein armer Handwerksgeselle eine Meisterswittwe mit einer dürftig eingerichteten Werkstelle geheirathet, hat er es nachher in einer langen Ehe dahin gebracht, große Fabriken zu erwerben und das Geschäft in ganz anderem Umfange betreiben zu können, so kann man unmöglich die Präsumtion bei ihm ausschließen. Ebenso erschiene dies ganz unzutreffend, wenn ein Kaufmann eine Frau mit einem Hause heirathet und sein Geschäft in dieses verlegt. Von den Gegenständen, die zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind, muß in einem anderen Zusammenhange gehandelt werden, von den übrigen oben als Ausnahmen der mucianischen Präsumtion aufgestellten Fällen kann nur zugegeben werden, daß sie unter näher anzugebenden Umständen im Einzelnen die ihnen beigelegte Wirkung haben können, daß aber generell ihnen diese nicht beigelegt werden kann.

Die mucianische Präsumtion greift Platz, wenn es sich um Auseinandersetzung des Vermögens der Eheleute handelt, sei es, daß der Tod eines Gatten oder eine Ehescheidung oder der Verlust des maritalischen Nießbrauchsrechtes des Ehemannes diese herbeigeführt hat. In diesem Falle muß daher die Frau (oder deren Erbe) die Rolle des Klägers und die Beweislast für Alles, was sie als Eigenthum beansprucht, übernehmen. Dagegen wird die Präsumtion hier ausgeschlossen durch jede Art von Anerkenntniß, welches der Mann über das Eigenthum der Frau abgegeben hat, denn dieses muß der Mann oder sein Erbe gegen sich gelten lassen. Anerkenntnisse sind in dieser Beziehung im weitesten Sinne zu fassen, namentlich muß als genügend erachtet werden, wenn der Mann genehmigt hat, daß Grundstücke, Forderungen u. dergl. m. auf den Namen der Frau geschrieben worden sind. Alleiniger Besitz der Frau an einzelnen Stücken kann dagegen nicht hinreichend erscheinen, um die Präsumtion zu entkräften, da der Mann die Sachen der Frau nur zum Gebrauche übergeben haben oder sie die Sachen eigenmächtig und ohne Vorwissen des Mannes an sich genommen haben kann. Die Frau muß daher außer dem Besitze mindestens noch darthun, daß sie ihn von einem Dritten erworben oder daß der Mann ihn ihr in der Absicht eingeräumt hat, ihr Eigenthum zu gewähren.

Die mucianische Präsumtion kommt ferner zur Anwendung, wenn es sich um Exekutionen handelt, welche die Gläubiger des Mannes zu ihrer Befriedigung in die Mobilien der Eheleute vollstrecken lassen. Die Befugniß des Mannes, Mobilien, welche zum eingebrachten Vermögen der Frau gehören, veräußern zu können, wird nach dem Gesetze vom 7. April 1838 [94]) auch in der Mark als ein ausschließliches Recht des Mannes angesehen, so daß seine Gläubiger zu ihrer Befriedigung sich nicht an solche Mobilien halten können. Zum Beweise des Eigenthumes der Frau dienen aber Anerkenntnisse des Ehemannes gegen dessen Gläubiger nicht, [95]) so daß sie also in solchen Streitfragen die mucianische Präsumtion nicht ausschließen. Ebenso verhält es sich mit dem alleinigen Besitze der Frau an gewissen Stücken, denn sonst würde man dahin gelangen, daß ein überschuldeter Mann dadurch alle Exekutionen gegen sein Vermögen abwenden könnte, daß er seiner Frau das Beziehen einer eigenen Wohnung gestattete und die Ueberführung seiner Sachen in diese bewirkte. Bei dem Stadtgerichte zu Berlin wird hiernach konstant verfahren und auch wegen der Ansprüche an den Mann die Exekution in Wohnungen ihrer Frauen, welche getrennt von ihnen leben, vollstreckt. Intervenirt die Frau und reklamirt sie das Eigenthum an den aus ihrem Besitze abgepfändeten Sachen, so muß sie auf den Grund ihres Besitzes zurückgehen und es trifft sie die volle Beweislast. Sind Immobilien, Forderungen und dergl. auf ihren Namen geschrieben, so nimmt man an, daß sie auch in der Exekutionsinstanz gegen die Gläubiger des Mannes die mucianische Präsumtion ausschließen. Die Gläubiger des Mannes müssen, wenn sie sich an solche Gegenstände halten wollen, die Vorschriften des Gesetzes über die Anfechtungen der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner vom 9. Mai 1855 [96]) beobachten. Im Konkurse über das Vermögen des Mannes endlich steht die Frau wieder ungünstiger. Hier kommt die mucianische Präsumtion in dem größten Umfange gegen sie zur Geltung wie die §§. 88 ff. der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 ergeben und unten näher ausgeführt werden wird.

---

[94]) Gesetzsammlung 1838, S. 255.

[95]) Gesetz vom 9. Mai 1855, §. 7 Nr. 5 und §. 17; Gesetzsammlung 1855 Seite 429.

[96]) Gesetzsammlung 1855, S. 429; Allgem. Landrecht Th. II. Tit. 1 §. 216. Bornemann: Systematische Darstellung 5., S. 85 u. 86 (Ausgabe von 1845).

## VIII. Vorbehaltenes und eingebrachtes Vermögen der Frau.

Nach dem brandenburgischen Provinzialrechte zerfällt das Vermögen der Frau in eingebrachtes und vorbehaltenes Vermögen, welche nach dem Sprachgebrauche des usus modernus als bonum paraphernale sive dotale und bonum receptitium bezeichnet werden.[97])

Es fragt sich zuerst, welche Befugnisse die Frau hat, um ihrem Vermögen diesen oder jenen Charakter zu geben. Nach dem Allgem Landrechte für die preuß. Staaten steht die Frau in dieser Beziehung sehr ungünstig. Ihr ganzes Vermögen wird mit ihrer Verheirathung Dotalgut. Sie kann aus eigener Macht sich nichts daraus vorbehalten, vielmehr bedarf es zur Konstituirung eines vorbehaltenen Vermögens für sie der Einwilligung des Mannes. Beide Theile müssen darüber einig sein und kontraktlich festsetzen, was von dem maritalischen Nießbrauchsrechte des Mannes befreit sein soll. Es läuft also alles darauf hinaus, daß der Frau nur das vorbehalten bleibt, was ihr der Mann koncedirt. Dies gilt namentlich nicht nur von dem, was die Frau bei Eingehung der Ehe besitzt, sondern auch von allem, was sie in stehender Ehe durch Erbschaft, Geschenke oder Glücksfälle erwirbt, und ist hier besonders hart. Ja es ist auch nur eine richtige Konsequenz, wenn Schmidt ausführt, daß alle Ersparnisse, die die Frau aus ihrem vorbehaltenen Vermögen oder aus einer artifiziellen Thätigkeit mache, von vornherein die Natur des Eingebrachten hätten und nur dann zu vorbehaltenem Vermögen würden, wenn der Mann dies gestatte.

Anders liegt es nach dem römischen Rechte. Hier ist Alles extra dotem, also nach unserem Sprachgebrauche vorbehaltenes Vermögen, was die Frau nicht ausdrücklich als Dos bestellt hat. Nur an dieser hat der Mann ein Recht, während jenes ihm gänzlich fern steht und seiner rechtlichen Einwirkung entzogen ist. Die Frau hat dabei allein die Befugniß zu bestimmen, was Dos sein solle und kann namentlich in stehender Ehe nicht gezwungen werden, die Dos zu vergrößern, wenn sie neues Vermögen erwirbt. Eines Anerkenntnisses des Mannes darüber, was von dem Vermögen der Frau ihrer freien Verfügung unterworfen ist, bedarf es nicht, da eben alles Vermögen der Frau zu

[97]) Responsum der Frankfurter Juristenfakultät bei: Stryck: De jure mariti in bonis uxoris. C. 3 §. 27 Op. T. 5 pag. 547 und Hofreskripte vom 21. Januar 1781 und 11. März 1781 bei: Stengel: Beiträge, II. S. 59.

ihrer freien Disposition steht, der Mann im Gegentheil beweisen muß, was ihm aus demselben als Dos bestellt ist, sobald ein Streit hierüber entsteht. Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß hier die Stellung der Frau eine weit würdigere ist als im preußischen Landrechte, und daß die Idee der getrennten Güter allein im römischen Rechte konsequent durchgebildet ist.

Von den brandenburgischen Juristen ist Kohl in seinem Werke: Declaratio accurata constitutionis marchicae allein ausführlich auf das Güterrecht der Eheleute eingegangen. Er steht nach seiner ganzen Neigung auf dem Boden des römischen Rechtes und betrachtet dieses ohne weiteres als das bestehende Recht der Mark. Er scheidet daher zunächst aus dem Vermögen der Eheleute aus, was die Frau dem Manne als Dos gegeben hat. Im Uebrigen nimmt er an, es herrsche vollständige Trennung der Güter unter den Eheleuten und jeder könne über sein Vermögen frei verfügen. Eigenthümliches Vermögen eines jeden Ehegatten sei, was er durch Erbfall, Testament, Schenkung oder einen Glücksfall ohne besondere Arbeit oder Thätigkeit erwerbe, oder was er aus eigenen Mitteln (propria pecunia) anschaffe.[98]) Wenn die Frau aus den Zinsen ihrer nicht zur Dos bestellten Kapitalien oder aus den Einkünften eines ihr gehörigen Hauses Ersparnisse mache und diese Jemand als Darlehn gebe, so sei dies ihre Forderung.[99]) Habe der Mann die Früchte und Einkünfte von dem Vermögen der Frau gezogen, so müsse er, respektive sein Erbe, sie der Frau restituiren, soweit sie noch vorhanden seien oder soweit er dadurch reicher sei und mache es in diesem Falle keinen Unterschied, ob die Frau ihre Einwilligung dazu gegeben habe, daß er sie verbrauche. Seien die Früchte und Einkünfte von dem Manne verbraucht, so trete die Vermuthung ein, daß dies zum gemeinsamen Nutzen beider Eheleute geschehen sei und die Frau müsse diese Präsumtion widerlegen, wenn sie Ersatz verlange. Auch könne sie Erstattung verbrauchter Früchte vom Manne nicht beanspruchen, falls sie ausdrücklich oder stillschweigend ihre Genehmigung dazu gegeben habe, daß der Mann sie erhebe und verbrauche.[100])

Es fragt sich, ob wir dies als noch bestehendes Provinzialrecht anzusehen haben. Scholtz-Hermsdorf kommt nicht auf die Frage, in

---

[98]) Kohl: Declaratio accurata. Quaest. VII. No. 20 u. 21 (Ausgabe von 1731 S. 180).

[99]) Kohl, a. a. O. Nr. 22.

[100]) Kohl, a. a. O. Nr. 24 u. 25.

welcher Weise vorbehaltenes Vermögen von der Frau zu konstituiren sei und ob sie Anfälle, die während der Ehe ihr geschehen, ohne Genehmigung des Mannes seinem maritalischen Nießbrauchsrechte entziehen könne. Zieht man das magdeburgische Weichbildrecht in Betracht, so steht dies dem römischen Rechte weit näher als dem preußischen Landrechte, denn in ihm galt der Grundsatz, daß Alles Sondergut der Frau sei, was sie nicht in die Gewere des Mannes gegeben habe, und daß die Präsumtion für Sondergut der Frau gelte.[100a]) Die beiden Rechtssysteme, aus denen sich das brandenburgische Provinzialrecht entwickelt hat, sprechen also gegen das preußische Landrecht. Dennoch können wir nicht anerkennen, daß das brandenburgische Provinzialrecht von dem Landrechte in diesem Punkte verschieden ist. In der Praxis sind wir nie einer anderen Anschauung begegnet. Bei allen Nachlaßregulirungen über Erbanfälle, die an Frauen in stehender Ehe geschehen, betrachtet man es als durchaus nothwendig, daß der Mann zugezogen wird, was nach römischem Rechte unnöthig ist, so lange die Frau nicht ausdrücklich erklärt, daß der Anfall Bestand der Dos sein solle. Aeltere Erkenntnisse fehlen, Kohl ist bei seiner Neigung, das Provinzialrecht mit dem römischen Rechte zu identifiziren, nicht als unbedingte Autorität anzusehen. — Die Erscheinung läßt sich nur so erklären, daß es von Alters her Gerichtsgebrauch war, daß Frauen, welche sich vorbehaltenes Vermögen konstituirten, hierüber vertragsmäßig mit den Männern sich auseinandersetzten, daß man später nicht darüber schlüssig und klar geworden ist, ob diese Verträge nur des Beweises wegen beliebt seien, oder ob sie ein rechtlich nothwendiges Erforderniß zur Begründung des vorbehaltenen Vermögens bildeten. Nach Publikation des preußischen Landrechtes hat man dessen Grundsätze, daß die Verträge zur Konstituirung des vorbehaltenen Vermögens nothwendig seien, ohne weiteres angenommen und jetzt müssen wir uns darin fügen, weil sich nicht mehr erweisen läßt, daß in der Mark vor der Publikation des Landrechtes in diesem Punkte ein festes und unstreitiges Provinzialrecht bestanden hat, welches von dem Landrechte abweicht.[101])

Frauen können daher auch in der Mark Brandenburg ohne Einwilligung ihrer Männer sich kein vorbehaltenes Vermögen konstituiren. Alles, was sie bei Eingehung der

[100a]) Die Ausnahme, welche bei Erbschaften der Frau galt, ist oben erwähnt.
[101]) Einführungspatent vom 5. Februar 1794 §. VII.

Ehe besitzen, oder durch Erbgang, Testament, Geschenk oder einen Glücksfall während der Ehe erwerben, wird eingebrachtes Vermögen, es sei denn, daß die Eheleute durch förmlichen Ehevertrag die Rechte der Frau anders festgesetzt haben, oder daß der Dritte, welcher die Zuwendung an die Frau während der Ehe macht, ausdrücklich bestimmt hat, daß Dasjenige, was er der Frau zuwendet, ihr vorbehaltenes Vermögen sein solle und der Mann keine maritalischen Rechte daran habe. Wenn eine solche Bestimmung nicht vorliegt, gilt die Präsumtion, daß Alles Illatum sei, und die Frauen müssen im Streitfalle den Beweis führen, daß ihr Vermögen oder einzelne Theile desselben die Eigenschaft von vorbehaltenem Vermögen haben.

Die Bestimmung des preußischen Allgemeinen Landrechtes, daß Grundstücke und Kapitalien als vorbehaltenes Vermögen der Frau im Hypothekenbuche eingetragen sein müssen, wenn sie diese Eigenschaft auch in Beziehung auf einen Dritten erlangen sollen, gilt dagegen in der Mark Brandenburg nicht.[102] Sie enthält neues Recht, was bis zur Publikation des Landrechtes unbekannt war. Die Frau kann diese Eigenschaft im Grundbuche eintragen lassen, sie verliert ihr Recht aber nicht, wenn sie es unterlassen hat.

## IX. Gesetzlich vorbehaltenes Vermögen der Frau.

Gelegentlich eines Berichtes über die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung gegen eine Ehefrau hatte das Kammergericht am 22. Februar 1798 gegen den Justizminister auszuführen gesucht, es gäbe in der Mark kein freies Vermögen der Frauen was nicht durch Vertrag von dem Nießbrauche und der Verwaltung des Mannes vorbehalten sei. Durch das darauf ergangene Reskript des Justizministers vom 5. März 1798 ist diese Ansicht aber verworfen worden und zwar mit vollem Rechte.[103] Schon Scheplitz scheidet die Morgengabe aus und verlangt sogar, daß sie bei der Theilung nach dem Tode des Mannes als ein Präzipuum der Frau verbleibe.[104] Kohl schließt sich dem

---

[102]) A. L.-R. Tit. 1 § 216. Ueber die Kontroverse, die sich an diesen Paragraphen knüpft, vergl. Gesetzrev. Pensio XV., Mot. zu §. 163 des Entwurfes S. 149; und Bornemann: Preuß. Civilrecht V. S. 86

[103]) Stengel: Beiträge, B. VI. S. 106.

[104]) Ober die halbe Güter und Leibgedinge mag die Frau die Morgen-

an.[105]) Er stellt aber auch den Grundsatz auf, daß die Präsumtion, wonach Alles dem Manne gehöre, was in seiner Wohnung gefunden werde, ausgeschlossen sei bei Gegenständen, die nach ihrer Beschaffenheit zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt seien, z. B. bei weiblichen Kleidungsstücken und Schmucksachen.[106]) Hieraus hat sich denn in der Praxis, wie die Stände und Scholtz-Hermsdorf bei der Berathung eines Provinzialgesetzbuches anerkannt haben, der Satz gebildet, daß die Morgengabe, wo sie noch vorkommt, und alle zum alleinigen Gebrauche der Frau bestimmte Sachen von selbst ihr freies und vorbehaltenes Vermögen sind, worüber sie ohne Zuziehung ihres Mannes gültig verfügen kann.[107]) Hat die Frau diese Sachen schon vor der Ehe besessen, so greift die Präsumtion, daß sie eingebrachtes Vermögen und dem Manne zur Benutzung überlassen sein sollten, nicht Platz, weil dies der Natur dieser Gegenstände widerspricht. Sind sie erst in der Ehe angeschafft worden, so ist aus demselben Grunde gleichgültig, ob die Frau mit ihrem Gelde oder der Mann mit seinem Gelde sie erworben hat. Es ist dies eine erhebliche Aenderung, welche das römische Recht erfahren hat, denn nach diesem konnte ein Ehemann während der Ehe seiner Frau nicht einmal Zeug zu einem Kleide gültiger Weise schenken.[108]) Sie mußte aber mit Nothwendigkeit eintreten, nachdem der Grundsatz angenommen war, daß alles Vermögen der Frau Eingebrachtes und gleichsam Dos sei, ihr mithin nichts verblieb, wovon sie sich ihre Kleider, ihren Schmuck und die sonstigen zu ihrem standesgemäßen Leben erforderlichen Dinge selbst anschaffen konnte. Der Mann erfüllt jetzt nur eine Pflicht, wenn er seine Frau ihrem Stande gemäß mit Kleidern, Schmucksachen und dergl. versieht, und deshalb finden auf diese Gegenstände die Lehren des römischen Rechtes von Schenkungen unter Eheleuten nicht mehr Anwendung.

---

gabe, so ihr wie bräuchlich vermacht, haben und behalten. — Scheplitz: Consuetudines, pars II. tit. 2 §. 14 (Ausgabe von 1744, S. 167).

[105]) Kohl: Decl. acc. Quaestio 9 No. 32.

[106]) Regulariter omnia, quae in domo vel habitatione mariti inveniuntur, praesumuntur ejus esse. — Quod tamen limitatur, quando ex qualitate rerum, oritur praesumtio pro muliere, quod ad ipsam pertineant, prout sunt ornatus muliebres et vestimenta muliebria ac similia uxoris causa parari solita. — Kohl: Decl. acc Quaest. 7 No. 38 (Ausgabe von 1731, S. 185).

[107]) Scholtz-Hermsdorf II. S. 32, Ausg. von 1834.

[108]) Lex 31 Dig. 24, 1. De donationibus int. vir. et uxorem.

Die Vorschrift des Allgemeinen Landrechtes, [109]) daß die Frau über Schmucksachen in allen Fällen, mögen sie zu ihrem vorbehaltenen Vermögen gehören oder nicht, ohne Zuziehung ihres Mannes nicht verfügen könne, gilt in der Mark nicht, da sie neues und früher unbekanntes Recht enthält. Aus demselben Grunde gilt in der Mark auch die Vermuthung des Allgemeinen Landrechtes nicht, wonach Juwelen, Gold, Silber und zur Pracht angeschaffte Sachen, welche die Frau von dem Manne erhalten hat, im Zweifel nur als geliehen angesehen werden sollen. [110]) Das römische Recht kennt ebenfalls den Begriff von Sachen, welche lediglich zum Gebrauche der Frau bestimmt sind. Sie gehörten zwar dem Manne, wenn er sie in der Ehe anschaffte, jedoch war es Sitte, sie den Frauen für den Todesfall durch Legat zuzuwenden, und deshalb haben die römischen Juristen sich vielfach damit beschäftigt, was unter den res uxoris causa paratae zu verstehen sei. Sie führen hierbei nun neben Kleidern grade Gold-, Silber- und sonstige Schmucksachen auf, so daß auch jetzt noch diese ganz wie die Kleider der Frau und die anderen zu ihrem alleinigen Gebrauche bestimmten Gegenstände behandelt werden müssen. [111]) Ehefrauen in der Mark können daher ihre Schmucksachen ohne Zuziehung ihrer Männer gültig veräußern oder verpfänden, mögen sie dieselben vor der Ehe besessen, in der Ehe durch Erbgang, Glücksfall und Geschenk eines Dritten erworben oder während der Ehe von ihrem Manne erhalten haben. [112])

Das gesetzlich vorbehaltene Vermögen der Frau (ipso jure receptitium) muß in der Mark Brandenburg ebenso behandelt werden, wie das durch Vertrag vorbehaltene Vermögen der Frau. Der Unterschied welchen das Allgemeine Landrecht [113]) zwischen beiden macht, indem der Mann bei dem Ersteren ihr die Disposition schon nehmen kann, wenn sie unwirthschaftlich verfährt, bei den Letzteren nur, wenn sie sich einer

---

[109]) A. L.-R. II. 1 §. 223.

[110]) A. L.-R. II. 1 §§. 316 u. 317

[111]) Hoc legatum: uxoris causa parata, generale est, et continet tam vestem, quam argentum, aurum, ornamenta ceteraque, quae uxoris gratia parantur. Lex 45 Dig. De legatis (32).

[112]) Kohl stellt in der oben Nr. 105 allegirten Stelle die Schmucksachen der Frauen ihren Kleidern gleich; und in dem Ministerialreskripte vom 5. November 1798 (Stengel, VI. S. 39) wird auch der Putz einer Frau als ihr gesetzlich vorbehaltenes Vermögen bezeichnet.

[113]) A. L.-R. II. 1 §§. 224 u. 225.

wirklichen Verschwendung schuldig macht, ist dem älteren Rechte unbekannt. Der Frau in der Mark kann über ihr ipso jure freies Vermögen die Verfügung nur genommen werden, wenn der Fall eintritt, daß sie zu einer Verschwenderin erklärt wird. [114])

Im Ganzen gestaltet sich daher das Provinzialrecht folgendermaßen: Es giebt in der Mark Brandenburg ein gesetzlich vorbehaltenes Vermögen (ipso jure receptitium) der Frau wie im Landrechte, und dazu gehört Alles, was nach seiner Beschaffenheit zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt ist, mag dies von der Frau oder dem Manne angeschafft sein. Die Aussonderung von Juwelen, Gold, Silber und Luxusgegenständen, welche das Landrecht macht, fällt im Provinzialrechte fort; vielmehr werden diese Stücke hier ebenso wie die anderen behandelt, wenn sie nach ihrer ganzen Beschaffenheit lediglich zum Gebrauche der Frau bestimmt sind. Der Mann hat an dem gesetzlich vorbehaltenen Vermögen der Frau wie an dem vertragsmäßig vorbehaltenen Vermögen der Frau gar keine Rechte.

Dies gilt aber nur von dem Verhältnisse zwischen Mann und Frau selbst und zwischen den Gläubigern des Mannes und der Frau, so lange nicht ein Konkurs über den Mann ausbricht. Kommt es zu einem Konkurse über das Vermögen des Mannes, so ist auch bei solchen Sachen, die lediglich zum Gebrauche der Frau bestimmt sind, zu unterscheiden, welche die Frau aus ihren und welche der Mann aus seinen Mitteln angeschafft hat. Die Ersteren verbleiben ihr, von den Letzteren aber behält sie nur die Betten, die Kleidungsstücke und die Leibwäsche, während sie an allen übrigen Stücken der Letzteren ihr vorbehaltenes, ja ihr einfaches Eigenthumsrecht verliert und sie zur Konkursmasse herausgeben muß. [115])

(Schluß folgt.)

---

[114]) Wie es im Falle eines Prozesses zu halten ist, ist oben gezeigt.

[115]) Konkursordnung vom 8. Mai 1855, §. 88, 3.

## XII.

# Die Stellung sachverständiger Auskunftspersonen im Beweisverfahren des Civilprozesses.

Von Herrn Kreisrichter Voß in Loitz.

### I.

Der Streit über die juristische Stellung der Sachverständigen im Beweisverfahren des Civilprozesses ist ein alter.[1] Zwei Hauptansichten haben schließlich das Feld behauptet. Die eine, älteren Ursprunges, stellt die Sachverständigen überall den Zeugen gleich. Die andere, welche insbesondere auch in die neuesten Kompendien des gemeinen Civilprozesses,[2] sowie in die neuesten Entwürfe einer deutschen Civilprozeßordnung[3] übergegangen ist, stellt sie als Gehülfen des Richters den Zeugen gegenüber, welche reines Beweismittel sind.

Jene ältere Ansicht ist wenigstens in sich abgeschlossen; die neuere hingegen nicht. Denn die Definition des Sachverständigen — im prozessualischen Sinne — als Gehülfen des Richters bedarf selbst wiederum der Erläuterung.

Gehülfen des Richters bei der Verhandlung und Entscheidung eines Rechtsstreites sind im weiteren Verstande des Wortes auch die Gerichtsschreiber und Gerichtsdiener, ja auch die Parteien und deren Rechtsbeistände, nicht minder die Zeugen und die Sachverständigen. In diesem Sinne genommen, läßt sich die Bezeichnung der letzteren als Gehülfen des Richters nicht zur Aufstellung eines Merkmales verwenden, welches die Sachverständigen von den Zeugen unterscheidet.

---

[1]) Vgl. die Abhandlung von Walther im Archiv für civil. Praxis, Bd. XXVI. 5, 10, woselbst eine ausführliche Dogmengeschichte dieser Streitfrage gegeben ist.

[2]) Vgl. Wetzell, System §. 44 Nr. 2 a, und Renaud, Lehrbuch §. 113.

[3]) Vergl. Motive zu §. 349 des Entwurfes von 1871 (mit welchem §. 360 des Entwurfes von 1872 wörtlich übereinstimmt).

Gehülfen des Richters aber in der begrenztesten Bedeutung des Wortes sind die Sachverständigen nicht. Denn sie unterstützen den Richter nicht in seiner rechtsanwendenden Thätigkeit, wie z. B. der Referendarius es thut, der ein Referat oder Votum für den Richter ausarbeitet.

Doch mag über die Berechtigung des wörtlichen Ausdruckes gestritten werden: die Absicht Derjenigen, welche den Sachverständigen als Gehülfen des Richters qualifiziren, ist weniger unklar. Man will andeuten, daß die Sachverständigen (im prozessualischen Sinne) in einem engeren Verhältnisse zum Richter stehen, als dies bei den Zeugen der Fall sei. Der Richter dürfe jene von Amtswegen und in jedem Stadium des Verfahrens zuziehen, ihre Zahl und im Wesentlichen auch ihre Auswahl bestimmen. In unbedeutenden Sachen begnüge er sich mit einem einzigen Sachverständigen und diesen ernenne er, wenn die Parteien über ihn sich nicht einigen, immer selbst. [4])

Hierbei gehen aber die Ansichten im Einzelnen auseinander.

Von Wetzell wird der Kreis der Sachverständigen im prozessualischen Sinne mit sehr engen Grenzen umzogen. Die wahrnehmenden Sachverständigen scheiden, wenigstens beinahe vollständig, aus demselben aus. „Von den sachverständigen Gehülfen des Richters wird einzig und allein ein Urtheil verlangt, sie sollen Schlüsse aus Thatsachen ziehen, welche bereits feststehen oder vorläufig als feststehend angenommen werden. Die sachverständigen Zeugen dienen als Beweismittel, um über Wahrnehmungen zu deponiren, welche sie rücksichtlich bestrittener Thatsachen gemacht haben. [5])

Renaud a. a. O. unterscheidet anders. Die Sachverständigen, sagt er, sind entweder Gehülfen des Richters, oder Beweismittel. Gehülfen des Richters sind sie, insofern sie ihn lediglich durch Schlußfolgerungen unterstützen. Als Beweismittel können sie entweder sachverständige Zeugen sein, nämlich dann, wenn sie über bereits gemachte Wahrnehmungen deponiren sollen, oder ein den Zeugen analoges Beweismittel, wenn sie erst noch Wahrnehmungen zum Zwecke gerichtlicher Depositionen vornehmen sollen.

Die beiden neuesten deutschen Entwürfe einer Civilprozeßordnung lassen nicht deutlich erkennen, ob sie der Wetzellschen oder der Renaud-

---

[4]) Wetzell, a. a. O., Noten 17—20 und Text zu denselben.

[5]) Wetzell, a. a. O., Note 14 und Text.

schen Ansicht mehr sich zuneigen. Eine Definition der Sachverständigen geben sie überhaupt nicht; dagegen bestimmen sie gleichlautend in §. 349 (360):

> Insoweit zum Beweis(e) vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Regeln über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

## II.

Der Grund des Bestrebens, die im Eingange gedachte ältere Lehre durch eine so bestrittene neue Theorie zu ersetzen, ist wohl darin zu suchen, daß auf dem Boden der Verhandlungsmaxime die Ansichten über die Stellung, welche der Richter den Parteien gegenüber einnimmt, sich gespalten haben. Zwei Hauptansichten lassen sich auch hier verfolgen.

Nach der einen, mehr formalistischen Ansicht ist der Richter wesentlich Rechtskundiger. Das anzuwendende Recht, und zwar in der Regel nur das innerhalb seines Sprengels geltende gemeine und partikuläre Recht, muß er von Amtswegen kennen. Alles hingegen, was außerdem zur Entscheidung eines Rechtsstreites erforderlich ist, wird ihm erst durch die Thätigkeit der Parteien zugänglich.

Dies gilt in einer modifizirten Weise von den Bestimmungen des ausländischen Rechtes und des Lokalrechtes anderer Gerichtssprengel, im vollen Umfange dagegen von Allem, was dem zu entscheidenden Thatbestande angehört, insofern hier nicht die Notorietät eine Ausnahme macht.

Insbesondere nehmen alle diejenigen Quellen, aus denen der Richter die Wahrheit oder Unwahrheit streitiger Thatsachen entnehmen soll, die Form von Beweismitteln an. Dem Fragerechte des Richters sind enge Grenzen gesetzt. Der Richter darf nicht von Amtswegen den Augenschein einnehmen, sondern muß durch die Parteien sich hierzu auffordern lassen. Bei der Einnahme des Augenscheines darf er nicht von Amtswegen Sachverständige hinzuziehen. Noch viel weniger darf er solche anderweitig von Amtswegen in Thätigkeit setzen, also genau genommen auch die Hülfe von Dolmetschern und Kalkulatoren nur auf Ersuchen der Parteien benutzen.

Die zweite Hauptansicht, welche mit den neuerdings in den Vordergrund gestellten Prinzipien der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung im Zusammenhange steht,[6]) räumt dem Richter eine freiere Stellung den Parteien gegenüber ein. Zwar ist auch sie weit entfernt, den Richter von Amtswegen zur Erforschung der thatsächlichen Wahrheit anzuhalten. Aber es wird ihm zur Pflicht gemacht, zur Erzielung eines möglichst dem materiellen Rechte entsprechenden Urtheiles mitzuwirken. Die Parteien sind gehalten, ihm diejenigen erheblichen Thatsachen zu unterbreiten, deren Kenntniß von Amtswegen ihm nicht zugemuthet werden kann. Dies gilt namentlich von allen denjenigen Thatsachen, welche in die Gegenwart des Prozesses hineinreichende Spuren nicht hinterlassen haben, und von den Mitteln zu ihrer Erweisung.

Der Richter hingegen ist befugt wie verpflichtet, für die Erkenntniß der Wahrheit alle diejenigen Quellen zu benutzen, welche ihm zugänglich sind, ohne daß er in die durch die Verhandlungsmaxime gewährleistete Dispositionsbefugniß der Parteien hineingreift. Er hat hierbei der vollkommeneren Quelle vor der weniger vollkommenen den Vorzug zu geben. Der Ausübung des Fragerechtes sind möglichst elastische Grenzen gegeben.[7]) Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheines in jedem Stadium des Prozesses anordnen (§. 128 [129] der Entwürfe), ohne daß es hierbei an spezielle Vorschriften gebunden ist.[8]) Dasselbe muß von den Sachverständigen gelten. Von den urtheilenden Sachverständigen wird dies, wie schon erwähnt, zugegeben; von den wahrnehmenden hingegen nicht; sie sollen entweder sachverständige Zeugen (Wetzell) oder ein den Zeugen analoges Beweismittel sein (Renaud).

Gegen diese Unterscheidungen spricht jedoch mehr als ein gewichtiges Bedenken.

Der Wetzellschen Unterscheidung ist zunächst der Vorwurf zu machen, daß sie nicht rein und folgerichtig durchgeführt worden ist. Diejenigen wahrnehmenden Sachverständigen, welche als Gehülfen des Richters zur Einnahme des Augenscheines hinzugezogen werden, werden den eigentlichen (urtheilenden) Sachverständigen beigezählt. Als Grund hierfür wird angegeben, daß auch sie schon urtheilen (§. 44 Note 15). Mit welchem Rechte, ist schwer zu erfinden. Die vom Richter bei der

---

[6]) Vgl. Motive zu §§. 113—144 (115—145) der Entwürfe.

[7]) Vgl. §. 125 (126) der Entwürfe.

[8]) Vgl. Renaud, Lehrb. §. 149 ad 2 (Seite 426).

Einnahme des Augenscheines verwendeten Sachverständigen urtheilen nicht allein, sie nehmen auch wahr; sie sind ja grade dazu auserſehen, Beobachtungen zu machen, die sie vermöge ihrer besonderen Sachkunde anders und besser ausführen können, als der Richter. Andererseits läßt sich von den selbstständig wahrnehmenden Sachverständigen schwerlich behaupten, daß sie nie urtheilen. In vielen Fällen sollen ihre Wahrnehmungen lediglich eine Grundlage ihres Urtheiles werden; die Sachverständigen sehen, um urtheilen zu können. Die Folge hiervon ist, daß Urtheil und Wahrnehmung der Sachverständigen sich gegenseitig durchdringen und unterstützen. Sie können alsdann nicht reine Zeugen sein, denn Gegenstand des Zeugnisses sind stets sinnliche Wahrnehmungen, nicht Urtheile. Wetzell sieht übrigens selbst ein, daß selbstständig wahrnehmende Sachverständige als Gehülfen des Richters in gewissen Fällen unentbehrlich sind. Nach seinem obigen Grundsatze müßte er auch diese schlechtweg den eigentlichen (urtheilenden) Sachverständigen beigesellen.

Renaud vermeidet die Widersprüche der Wetzellschen Ausführung. Er unterscheidet zwischen Sachverständigen, welche Gehülfen des Richters sind, und Sachverständigen, welche nur als ein — nicht von Amtswegen zu benutzendes — Beweismittel in Betracht kommen. Die ersteren sind die lediglich urtheilenden Sachverständigen. Die letztere Klasse bilden diejenigen Sachverständigen, welche im Auftrage des Richters Wahrnehmungen anstellen, auf Grund deren sie Depositionen machen sollen.[9]) Von ihnen unterscheiden sich die sachverständigen Zeugen, welche nicht, wie jene, zur Ausführung ihrer Wahrnehmungen beauftragt worden sind, wohl aber, wie jene, auf Grund ihrer besonderen Sachkunde wahrgenommen haben.[10]) Diese sind wirkliche Zeugen.

Inkonsequent ist auch Renaud. Auch er wird nicht behaupten wollen, daß diejenigen Sachverständigen, welche der Richter bei der Einnahme des Augenscheines benutzt, Beweismittel in seinem Sinne seien. Daß er die übrigen im Auftrage des Richters wahrnehmenden Sachverständigen als Beweismittel bezeichnet, dafür hat er keinen anderen Grund als den, daß auch die Zeugen Beweismittel sind.

Im Grunde kommt er also auf die von ihm (§. 113 Note 5) bekämpfte Ansicht Wetzell's und Walther's (in der oben angeführten

---

[9]) Vgl. §. 113 Note 3 und Text zu derselben.

[10]) a. a. O. Note 2 und Text; §. 110 Note 7 und Text.

Abhandlung Seite 256 und 257) zurück, daß Wahrnehmungen eine dem Zeugen, Schlußfolgerungen eine dem Sachverständigen eigenthümliche Thätigkeit seien.

Wenigstens das zweite Glied dieses Doppelsatzes läßt sich schwerlich in der Weise aufrecht erhalten, daß man darauf einen durchgreifenden Unterschied zwischen wahrnehmenden und urtheilenden Sachverständigen gründet.

Man darf nicht übersehen, daß zwischen den vom Richter zur Ausführung von Wahrnehmungen (Darstellungen) angewiesenen Sachverständigen und denen, welche den Richter durch Schlußfolgerungen unterstützen, eine in vielfachen Beziehungen sich offenbarende innere Verwandtschaft besteht.

Der Grund der Zuziehung ist bei beiden Arten von Sachverständigen der Umstand, daß dem Richter zur Anstellung der fraglichen Wahrnehmung, beziehungsweise zur Aufstellung der betreffenden Schlußfolgerungen die erforderliche Sachkunde mangelt: dort die Unausführbarkeit des eigenen Augenscheines, hier die Unmöglichkeit eigenen Urtheiles.

Gemeinsam ist beiden Arten von Sachverständigen, daß sie, gleichviel, ob ihre Ernennung auf Antrag der Parteien erfolgt oder von Amtswegen, lediglich erst in Folge des richterlichen Auftrages thätig werden.

Dies führt, wenn wir zunächst die wahrnehmenden Sachverständigen in's Auge fassen, zu der Entdeckung, daß jene weit eher als ein dem richterlichen Augenscheine, denn als ein dem Zeugnisse analoges Beweismittel angesehen werden können.

Der Sachverständige, welcher vom Richter mit der Feststellung von Thatsachen oder Zuständen beauftragt ist, tritt wie der beaugenscheinigende Richter zu dem Gegenstande seiner Wahrnehmung in Beziehung erst durch eine richterliche Verfügung. Wie letzterer, macht er seine Wahrnehmungen unter der Kontrole der Parteien, welche auf diese wenigstens einen rechtlichen Anspruch haben, wenn sie auch praktisch nicht immer ausführbar sein mag. Wie der Richter stellt er seine Wahrnehmungen in der Absicht an, durch sie zur Entscheidung eines Rechtsstreites mitzuwirken — ein Umstand, der die Glaubwürdigkeit der eigentlichen Zeugen eher vermindern als erhöhen würde. Und wie der Richter, arbeitet er, vermöge der ihm ertheilten Instruktion, mit

dem Verständnisse dessen, worauf es bei seinen Beobachtungen zum Zwecke der Entscheidung des betreffenden Rechtsstreites ankommt.

In den nämlichen Punkten aber berührt sich wiederum die Stellung des wahrnehmenden Sachverständigen mit der des urtheilenden.

Erst auf Grundlage dieser Ergebnisse gewinnt das Wort Wetzell's seine wahre Bedeutung, daß „die von den Neueren beliebte Unterscheidung von wahrnehmenden (darstellenden) und urtheilenden Sachverständigen" keine praktische Brauchbarkeit habe und der inneren Berechtigung entbehre. Nur führt uns dieser Satz nicht zu der Folgerung, daß die sogenannten wahrnehmenden Sachverständigen aus dem Kreise der eigentlichen Sachverständigen ausscheiden, sondern zu dem Schlusse, daß die Thätigkeit des vom Richter beauftragten Sachverständigen, mag er nun sinnliche Wahrnehmungen (Experimente) ausführen oder Urtheile abgeben oder beide Thätigkeiten vereinigen, als eine einheitliche aufzufassen und derjenigen der Zeugen gegenüber zu stellen ist, gleichviel, ob letztere auf Grund gewöhnlicher Wahrnehmungen oder auf Grund solcher, welche nur vermöge einer besonderen Sachkunde erfolgen können, ihre Aussagen von sich geben.

Und so gelangen wir weiter zu dem Ergebnisse, daß das bezeichnende Merkmal des Sachverständigen im eigentlichen Sinne darin besteht, daß seine gesammte Thätigkeit auf der Grundlage eines vom Richter ihm ertheilten Auftrages fußet.

Diese Auffassung ist für die Stellung der sachverständigen Auskunftspersonen im Beweisverfahren des Civilprozesses von entscheidender Bedeutung.

## III.

Wir können hiernach den Sachverständigen im prozessualischen Sinne — und in diesem Sinne werden wir das Wort „Sachverständiger" ferner gebrauchen — definiren als *eine Auskunftsperson, welche im Auftrage des befaßten Richters vermöge ihrer besonderen Sachkunde Thatsachen oder Zustände wahrnimmt oder Schlußfolgerungen zieht.*

Das Verhältniß, in welchem der Sachverständige hiernach zu dem Richter beziehungsweise den Parteien im Einzelnen steht, läßt sich in folgender Weise entwickeln:

1. Der Sachverständige ist der Beauftragte des Richters. Da nun der Richter stets nur mit der Verhandlung und Entscheidung

konkreter Rechtssachen zu thun hat, so ergiebt sich weiter, daß derselbe Sachverständige nur in Beziehung auf eine solche Sache bestellen kann, mit deren Verhandlung und Entscheidung er selbst befaßt ist, mag dies nun ein eigentlicher Prozeß oder eine anderweitige Verhandlung sein, z. B. eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß. In der Regel hat nur derjenige Richter das Recht zur Ernennung von Sachverständigen, in dessen Händen die Prozeßleitung ruht; der beauftragte oder ersuchte Richter nur kraft abgeleiteter Machtvollkommenheit.[11] Das Recht zur Ertheilung des Auftrages ist aber gewissen Beschränkungen unterworfen.

a. Der Grund der Ertheilung ist der, daß dem Richter die erforderliche Sachkunde mangelt. Ob und in wie weit dies der Fall, hat letzterer zu entscheiden. Wo er selbst glaubt, ohne Beihülfe besonderer Sachkunde wahrnehmen oder urtheilen zu können, da ist die Zuziehung von Sachverständigen überflüssig. So namentlich für Handelsgerichte bei Gegenständen, zu deren Beurtheilung kaufmännische Begutachtung genügt. Gleichgültig ist hierbei, ob der Richter bei Wahrnehmungen der Sachverständigen in der Form der Augenscheinseinnahme als Haupt- oder Nebenperson mitwirkt, oder ob die Sachverständigen allein handeln. Dies wird namentlich auch von den Motiven des deutschen Civilprozeßentwurfes von 1871 zu §. 311 ff. (§. 321 ff. des Entwurfes von 1872) insofern anerkannt, als die Befugniß des Richters, bei der Augenscheinseinnahme Sachverständige hinzuzuziehen, in Zusammenhang gebracht wird mit der allgemeinen Vorschrift des §. 128 (129), nach welcher das Gericht in jeder Lage des Rechtsstreites von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige fordern kann.

b. Die Ertheilung des Auftrages kann nicht immer von Amtswegen erfolgen, sondern ist bisweilen an die Initiative der Parteien gebunden, bisweilen nicht. Denn auch dann, wenn der Richter die Ueberzeugung hat, daß eine bestrittene erhebliche Thatsache der Bewahrheitung durch Wahrnehmungen oder Urtheile von Sachverständigen fähig sei, darf er von dem Rechte, solche hinzuzuziehen, nur dann Gebrauch machen, wenn er hierdurch nicht in das Dispositionsrecht der Parteien eingreift. Wann letzteres der

[11]) Vergl. die Entwürfe §. 340 (351).

Fall sei, wann nicht, dafür lassen freilich bestimmtere Regeln sich nicht aufstellen, als sie von der Verhandlungsmaxime an die Hand gegeben werden. Im Allgemeinen läßt sich sagen, daß der Richter nicht blos dann Sachverständige zu Hülfe nehmen darf, wenn es darum sich handelt, das Vorbringen einer Partei klar zu stellen, sondern auch dann, wenn es gilt, ein solches Vorbringen wahr zu machen.

Aber Vorbedingung hierfür ist einmal, daß die Möglichkeit sachverständiger Erforschung eines Sachverhaltes aus den Ausführungen der Parteien erhelle, und ferner, daß diese Art der Wahrheitsermittelung im gegebenen Falle nothwendig sei. Der Richter wird, wenn die Bewahrheitung bestrittener Thatsachen in Frage steht, zu berücksichtigen haben, daß die Partei, welche ein Interesse an der Erweisung solcher Thatsachen hat, auch das Recht hat, die Wege zu wählen, welche zur Ueberzeugung des Richters führen. Doch wird er unbedenklich zur Vernehmung von Sachverständigen dann schreiten dürfen, wenn anzunehmen ist, daß die betreffende Thatsache auf anderem Wege sich nicht erweisen lasse.

Hiervon abgesehen, bleibt es der interessirten Partei überlassen, den Richter zur Vernehmung von Sachverständigen aufzufordern. Diese Aufforderung kann man mit den Civilprozeßentwürfen §. 338 (349) als Beweisantretung bezeichnen, wenn die Partei, von welcher sie ausgeht, die beweispflichtige ist. Will man hiernach die Sachverständigen als Beweismittel bezeichnen, so ist dies nur in dem Sinne zuläßig, in welchem man auch den Augenschein und den nothwendigen Eid als Beweismittel nennen kann. Diese Quellen der richterlichen Ueberzeugung unterscheiden sich von den übrigen Beweismitteln — außergerichtlichem Geständnisse, Urkunden, Zeugen, Schiedseid — dadurch, daß diese eine von der Thätigkeit des Prozeßrichters unabhängige Existenz haben, während jene als Mittel zur Bewahrheitung von Thatsachen erst durch eine richterliche Handlung in's Dasein treten. Letztere sind also nicht Beweismittel in den Händen der Parteien.

Es kann hiernach, je nach der Bedeutung, welche man dem Worte „Beweismittel" beilegt, darüber gestritten werden, ob die Sachverständigen diesen Namen verdienen. Bejaht man letzteres,

so muß man die Sachverständigen immer, verneint man es, so darf man sie nie als Beweismittel bezeichnen.

Die Civilprozeßentwürfe bezeichnen die Sachverständigen nicht direkt als Beweismittel. Will man auf Grund von §. 231 (239) in Verbindung mit §. 338 (349) annehmen, daß sie diese Bezeichnung indirekt billigen, so ist doch andererseits gewiß, daß sie nicht unterscheiden zwischen Sachverständigen, welche Beweismittel sind, und solchen, welche es nicht sind.

Wenden wir von hier aus noch einmal unseren Blick auf die Eintheilung der Sachverständigen in wahrnehmende (darstellende) und urtheilende, so ergiebt sich, daß wahrnehmende Sachverständige häufig nur auf Antrag der Parteien, urtheilende hingegen meist von Amtswegen zugezogen werden. Diese Beobachtung darf uns nicht verleiten, in der gedachten Eintheilung lediglich einen andern Ausdruck für die Regel zu erblicken, daß der Richter bei der Zuziehung von Sachverständigen an die Grundsätze der Verhandlungsmaxime gebunden sei. Denn hierbei steht uns nicht nur entgegen, daß, wie allgemein zugestanden wird, wahrnehmende Sachverständige unter Umständen vom Richter aus eigenem Entschlusse zu Hülfe genommen werden dürfen, sondern auch, was nicht so häufig hervorgehoben wird, daß er nicht immer urtheilende Sachverständige von Amtswegen berufen kann. Letzteres gilt namentlich dann, wenn das Urtheil der Sachverständigen das Element eines künstlichen Beweises ist.

Es ist also nicht mit Renaud, a. a. O. §. 149 Note 9 u. Text, anzunehmen, daß die Zuziehung von urtheilenden Sachverständigen stets eine von Amtswegen zu übende Pflicht des Richters sei.

Die angeführten Civilprozeßentwürfe scheinen mit der obigen Ausführung übereinzustimmen. Nur auf Grundlage der letzteren erklärt es sich, wie nach den Bestimmungen der Entwürfe einmal der Richter in jeder Lage des Rechtsstreites befugt sein soll, von Amtswegen Sachverständige zuzuziehen, und andererseits die Sachverständigen ohne Unterscheidung unter den Beweismitteln ihre Stelle gefunden haben.

Die Motive zu §§. 337—349 des Civilprozeßentwurfes von 1871 (348—360 des Entwurfes von 1872) sprechen sich über die Frage nicht aus, unter welchen Umständen der Richter zur Einholung des Gutachtens Sachverständiger von Amtswegen berechtigt sei, unter welchen nicht. Im Ganzen stehen sie auf dem Boden der Wetzellschen Theorie, und scheinen insbesondere mit dieser die im Auftrage des

Richters selbstständig wahrnehmenden oder darstellenden Sachverständigen unter die sachverständigen Zeugen einzuordnen, während sie die bei Einnahme des Augenscheines mitwirkenden Sachverständigen zwar nicht als lediglich urtheilende bezeichnen, sie aber nichts desto weniger den eigentlichen Sachverständigen im Sinne Wetzell's als Gehülfen des Richters beigesellen.

## IV.

2. Gegenstand des Auftrages können nur solche Beobachtungen (Darstellungen) und Schlußfolgerungen sein, welche der Richter, falls er im Besitze der erforderlichen Sachkunde wäre, kraft seiner amtlichen Thätigkeit selbst wahrnehmen könnte.

a. Handelt es sich um Beobachtungen körperlicher Dinge, so muß die Wahrnehmung während des Rechtsstreites und insbesondere zur Zeit des Beweisverfahrens noch möglich sein. Der Sachverständige (im gemeinen Wortsinne), welcher vor dieser Zeit beobachtet hat, kann auch durch richterliche Aufforderung zur Deposition über diese Beobachtungen, nicht zum Sachverständigen im prozessualischen Sinne, werden.

Schlußfolgerungen müssen, wenn sie als Theil eines Gutachtens im prozessualischen Sinne aufgefaßt werden sollen, dem gegenwärtigen Urtheile des Sachverständigen über den in Frage stehenden Fall entsprechen. Der Richter will die gegenwärtige Ansicht des Sachverständigen wissen, nicht eine frühere. Hat der Sachverständige sein Urtheil inzwischen geändert, so ist das neuere Urtheil das maßgebende. Daraus folgt, daß der Sachverständige bis zur richterlichen Entscheidung der Sache sein Gutachten abändern könne. [12])

Ist ein sachverständiges Gutachten von Erheblichkeit, welches zu einer nicht in der Prozeßgegenwart liegenden Zeit in gewisser Weise thatsächlich gefällt worden, so kann dieses Urtheil nicht ein sachverständiges Gutachten im prozessualischen Sinne sein.

Die Wahrnehmungen und Schlußfolgerungen, mit denen sich ein Sachverständiger befassen soll, müssen ferner für den zur Verhandlung stehenden Rechtsstreit von Erheblichkeit sein. Der

---

[12]) Seuffert, Archiv, Bd. XXV. Nr. 196.

Richter darf seinen Auftrag nicht auf Gegenstände ausdehnen, welche mit dem betreffenden Prozesse nicht in Beziehung stehen, wenn er auch ein anderweitiges amtliches Interesse an der Aufklärung solcher Gegenstände hat. Dem Sachverständigen andererseits ist es nicht verwehrt, bei Anstellung von Beobachtungen, z. B. chemischen Experimenten, neben den Zwecken des Richters auch seine eigenen technischen Interessen zu verfolgen, nur muß er in seinen schriftlichen- oder mündlichen Auslassungen dem Gerichte gegenüber Abschweifungen vermeiden, welche den Prozeß nichts angehen.

b. Der Richter ist an das Gutachten der Sachverständigen nur insoweit gebunden, als er verhindert gewesen wäre, die in demselben niedergelegten Wahrnehmungen vermittelst seiner allgemeinen oder vermittelst seiner speziellen juristischen Bildung selbst auszuführen. Wohl aber ist in dieser Beziehung der Sachverständige vom Richter abhängig. Er kann mithin nicht Thatsachen in Zweifel stellen, welche für den Richter feststehen, und nicht Thatsachen als feststehend zur Grundlage seiner Untersuchungen machen, welche bestritten sind, wenn er sie nicht etwa kraft des ihm ertheilten Auftrages als unbestritten voraussetzen soll. Nehmen der Richter und der Sachverständige gemeinschaftlich den Augenschein ein, so gehen die der gemeinen Sinnenthätigkeit angehörigen Wahrnehmungen des Richters denen des Sachverständigen unbedingt vor. Der letztere hat insbesondere dem Richter gegenüber nicht die Befugniß des Protokollführers, abweichende eigene Wahrnehmungen in selbstständiger Redaktion dem Protokolle einzuverleiben.

Ebenso geht das gemeine Urtheilsvermögen des Richters dem des Sachverständigen vor. Die Würdigung geführter oder nicht geführter Beweise steht nur dem Richter, nicht dem Sachverständigen zu. Ist der Richter an eine Beweistheorie gebunden, so ist es auch der Sachverständige rücksichtlich dessen, was er als erwiesen zur Grundlage seines Gutachtens machen darf, was nicht. —

In Urtheilen rechtlicher Natur ist der Sachverständige dem Richter stets untergeordnet, mag er nun selbst Rechtsverständiger sein oder nicht. Er hat daher keinen maßgebenden Einfluß auf Prozeßleitung, Redaktion der Protokolle, Absetzung der Urtheile.

In Fragen des auswärtigen Rechtes kann der Richter sich selbst als Sachverständigen ansehen, wenn er die nöthigen Kenntnisse desselben sich zutraut.

Auch in technischen Fragen anderer Art kann der Richter sich selbst zum Sachverständigen vorschlagen oder ernennen, wenn er die erforderliche Sachkunde besitzt. Nur muß er in einem solchen Falle ausdrücklich erklären, daß er mit der betreffenden technischen Wahrnehmung oder Beurtheilung sich befassen könne und wolle, während er in Fragen des auswärtigen Rechtes stillschweigend auf seine Eigenschaft als Rechtsgelehrter zurückgehen darf.

## V.

3. Der Sachverständige tritt durch den ihm gewordenen Auftrag in Betreff der sein Fach berührenden Beobachtungen und Prüfungen an die Stelle des Richters.

a. Der Sachverständige soll durch seine Thätigkeit diejenige des Richters ersetzen. Die Entscheidung darüber, wer ihn ersetzen könne, gebührt dem Richter, nicht den Parteien; daher jener die Tauglichkeit der Sachverständigen im Allgemeinen wie für den Einzelfall zu untersuchen hat. Er kann sich hierbei der Hülfe der Parteien bedienen, insbesondere dieselben zur Bezeichnung von Sachverständigen auffordern.[13]) Eine entscheidende Stimme aber haben die Parteien hierbei nur insofern, als sie befugt sind, Sachverständige aus denjenigen Gründen abzulehnen, aus denen die Ablehnung eines Richters gestattet ist.[14]) Daß der Richter die Zahl der zu ernennenden Sachverständigen bestimmen könne, versteht sich hiernach von selbst.

Andererseits liegt dem Richter die Pflicht ob, die Sachverständigen in den Besitz aller derjenigen aus den Prozeßverhandlungen zu entnehmenden thatsächlichen und rechtlichen Kenntnisse zu setzen, deren sie zur Erledigung ihres Auftrages bedürfen. Entsteht Streit über die Vollständigkeit der Instruktion, so liegt die

---

[13]) Vergl. §. 339 (350) der Entwürfe.

[14]) Vergl. §. 341 (352) der Entwürfe; und Tenge, im Archiv für civil. Praxis Bd. XXXXIX, 3 p. 61 ff.

Entscheidung hierüber zwar in der Hand des Richters. Doch wird behauptete Unvollständigkeit der richterlichen Instruktion für den Sachverständigen stets einen Grund abgeben können, sein Gutachten zu verweigern, wenn nicht die Frivolität seiner Behauptungen am Tage liegt.

Es verdient zur Bestätigung des von uns aufgestellten Begriffes der Sachverständigen im prozessualischen Sinne hervorgehoben zu werden, daß diese Instruktion durch den Richter ganz in gleicher Weise bei wahrnehmenden und darstellenden wie bei urtheilenden, bei von Amtswegen wie auf Antrag der Parteien abzuordnenden Sachverständigen erfolgen kann und muß, und daß diese Instruktion der Sachverständigen prinzipiell verschieden ist von derjenigen Unterweisung, welche der Richter den Zeugen bei ihrer Vernehmung ertheilen darf und nach den Entwürfen §. 315 (326) bei der Ladung ertheilen soll. Die Instruktion der Sachverständigen hat wesentlich eine positive Natur, sie weist den Sachverständigen an, was er sagen oder ausfindig machen soll,[15] während die Unterweisung der Zeugen mehr den negativen Zweck verfolgt, unerhebliche Aussagen abzuschneiden.

b. Innerhalb der Grenzen ihres Auftrages ist die Stellung der Sachverständigen eine selbstständige.

Sie haben zu beurtheilen, welche Wege sie zur Aufstellung ihres Gutachtens zu benutzen haben, die Trennung oder Verbindung der Arbeit mehrerer Sachverständigen, die anzustellenden Wahrnehmungen und Versuche, die Anordnung des Stoffes, und bei ihren schriftlichen Depositionen auch die Redaktion dieser zu bestimmen. Hierbei steht dem Richter, wenn er überhaupt mitzuwirken vermag, nur eine berathende Stimme zu. Namentlich kommt es ihm nicht bei, das Gutachten, insofern es technische Fragen behandelt, zu kritisiren. Dies wird dann von praktischer Bedeutung, wenn mehrere Sachverständige einander widersprechende Gutachten abgeben. Man hat wohl gesagt, es entscheide hier das Uebergewicht der Gründe, und diese Ansicht hat in der That in verschiedene Prozeßgesetzgebungen, z. B. in den Code de procédure civile art. 323 und die italienische Civilprozeßordnung (bei Renaud §. 149 Note 50) Eingang gefunden. Aber um die Gründe gegeneinander abwägen zu können, auf

[15]) Vergl. Walther, a. a. O. §. 17 (S. 273).

welche sich die zu benutzenden Ergebnisse stützen, bedarf es, wenn auch nicht immer, so doch häufig, wiederum sachverständiger Kenntnisse. Der Richter kann in einem derartigen Falle eine ernstliche Ueberzeugung von der größeren oder geringeren Richtigkeit zweier oder mehrerer einander gegenüber stehender technischer Urtheile nicht haben, ohne selbst Techniker zu sein. Das Recht der freien Beweiswürdigung ist für ihn in diesem Falle nicht in Frage gestellt, wohl aber die Möglichkeit derselben. Es ist daher nur konsequent, wenn der Richter durch eine Wiederholung des Sachverständigenverfahrens sich zu helfen sucht (§. 347 [358] der Entwürfe), wenn hiermit auch nicht zugleich die Verpflichtung des Richters als Selbstfolge gegeben ist, daß er Sachverständige höherer Ordnung angehen muß.

Andererseits aber hat der Richter selbstständig zu prüfen, in wie weit das Gutachten der Sachverständigen mit den allgemeinen Gesetzen des Denkens übereinstimmt und ob die aus den Parteiverhandlungen sich ergebenden faktischen Prämissen richtig benutzt sind [16]) und ebenso, in wie weit das Gutachten vollständig ist.

Deswegen kann er überall die Darstellung der dem Urtheile zu Grunde liegenden thatsächlichen Wahrnehmungen und Versuche, sowie die Beifügung von Gründen, und zwar in der ihm zweckentsprechend erscheinenden Ausführlichkeit verlangen. Ein unmotivirtes Gutachten ist für den Richter ebenso werthlos, wie ein unmotivirtes eigenes Urtheil.

c. Die Bedeutung der sachverständigen Beobachtungen und resp. Urtheile ist die, daß sie als vom Richter ausgegangen gelten.

Insofern sie Gewißheit über Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer erheblichen Thatsache bieten, lassen sie den Gegenbeweis nicht zu. Es ist kein Grund dazu vorhanden, dies bei den in Gemeinschaft mit dem Richter wahrnehmenden und bei den blos urtheilenden Sachverständigen zuzugeben, bei den selbstständig wahrnehmenden Sachverständigen hingegen zu verneinen. Denn für den Richter muß das, was Andere in seinem Auftrage sehen, ebenso gewiß sein, wie eigener Augenschein. Die Vernehmung divergirender Ansichten von Sachverständigen ist ebenso-

---

[16]) Vgl. Erkenntniß bei Seuffert, Bd. XXII. Nr. 96.

wenig mit der Erhebung von Zeugenbeweis und Gegenbeweis zu vergleichen, wie behauptet werden kann, daß die dissentirende Abstimmung der Minorität in einem Richterkollegium etwas für die Rechtmäßigkeit der Ansprüche des unterliegenden Theiles beweist. Der Richter hat überhaupt, sowie er zu der Ueberzeugung kommt, daß eine technische Frage in einer für den Prozeß erheblichen Weise kontrovers ist, Sachverständige der gegentheiligen Ansicht von Amtswegen und zwar sowohl zu anzustellenden Wahrnehmungen als zur Beurtheilung von Thatsachen herbeizuziehen. Ziel derartiger Maßregeln ist bei eigentlichen Sachverständigen die Vereinigung der Ansichten, wenn diese auch nicht immer erreicht werden mag. Bei Vernehmung von Beweis- und Gegenbeweiszeugen hingegen dient die äußerlich ähnliche Konfrontation derselben nur dazu, die Aufklärung von Widersprüchen zwischen verschiedenen Aussagen über ein und dasselbe Faktum herbeizuführen.

Von obiger Regel ist es keine Ausnahme, daß gegen den künstlichen Beweis durch Sachverständige ein Gegenbeweis und zwar selbst dann zulässig ist, wenn auch die Schlußfolgerung, durch welche aus mittelbar erheblichen Thatsachen eine unmittelbar erhebliche abgeleitet wird, auf dem Wege sachverständiger Urtheile gewonnen werden muß. Denn die Kraft des künstlichen Beweises beruht stets darin, daß der Richter durch ihn nicht zur vollen Gewißheit über eine erhebliche Thatsache (A) gelangt, sondern nur zu der Ueberzeugung, daß die Annahme ihres Gegentheiles (Nicht-A) unverständig sei. Diese Ueberzeugung ist zwar ebensowohl juristische Gewißheit, wie die Evidenz. Aber das hat sie mit der subjektiven Wahrscheinlichkeit gemein, daß sie der Erschütterung durch Gegenbeweis fähig ist. Unabhängig von den gegen sie gerichteten Angriffen kann die Wahrheit der ihr zum Grunde liegenden mittelbar erheblichen Thatsachen bestehen. Insofern diese durch sachverständige Ermittelung direkt bewiesen werden, ist gegen sie der Gegenbeweis ebenso unzulässig, wie gegen unmittelbar erhebliche Thatsachen.[17])

---

[17]) Vergl. Wetzell, a. a. O. §. 44, Note 38 und Text.

## VI.

Wir haben in dem Vorhergegangenen die Stellung der eigentlichen Sachverständigen im Prozesse zu entwickeln und zu begrenzen versucht. Aus dem Kreise dieser eigentlichen Sachverständigen scheiden demnach alle diejenigen Auskunftspersonen aus, welche dem Richter Mittheilungen zu machen vermögen über Wahrnehmungen oder Schlußfolgerungen, welche sie zwar vermittelst ihrer besonderen Sachkunde, aber nicht im richterlichen Auftrage und in Bezug auf einen einzelnen zur Verhandlung stehenden Prozeß ausgeführt haben. Aber diese Personen sind nicht sämmtlich sachverständige Zeugen. Zu den letzteren gehören vielmehr nur diejenigen, welche die wesentlichen Merkmale der Zeugen an sich tragen.

> „Das Zeugniß im civilprozessualischen Sinne ist die Aussage eines Dritten über eine von ihm wahrgenommene Thatsache, mag diese nun in einer eigenen Thathandlung bestehen oder anderer Art sein." [18])

Es gehören mithin unter die sachverständigen Zeugen nicht diejenigen oben bezeichneten sachkundigen Personen, welche und insoweit sie Schlußfolgerungen vermittelst ihrer Sachkunde zu produziren im Stande sind, wohl aber alle diejenigen, welche dem Richter Mittheilungen machen über Thatsachen (Zustände), welche sie vermittelst ihrer besonderen Sachkunde, jedoch nicht im Auftrage des befaßten Richters, wahrgenommen haben.

Wir sind bei dieser Bestimmung des Begriffes der sachverständigen Zeugen denjenigen Einwürfen ausgesetzt, welche gegen die oben erwähnte Definition des Zeugnisses in der Erwägung gemacht werden, daß einerseits sowohl die Rezeption als die Reproduktion des Wahrgenommenen eine Urtheilsthätigkeit in sich schließt, [19]) und daß andererseits es Fälle giebt, in denen auch, hiervon abgesehen, Schlußfolgerungen eines Zeugen von Belang sein können. Wir wollen uns auf eine bezügliche Erörterung hier nicht weiter einlassen und erklären statt dessen, daß wir bei der Definition des Zeugnisses, wie wir sie für den Begriff des sachverständigen Zeugen benutzt haben, alle Vorbehalte gelten lassen, welche gegen dieselben gemacht zu werden pflegen.

---

[18]) Renaud, Lehrbuch §. 110 (S. 290).

[19]) Vgl. Endemann, Civilprozeß, S. 726.

Es gehören hiernach zu den sachverständigen Zeugen:

1. Sachkundige Personen, welche ohne Auftrag des Richters sachkundige Wahrnehmungen gemacht haben. Gleichgültig ist hierbei, ob sie diese Wahrnehmungen vor dem Beginne des Prozesses, in welchem sie vernommen werden, oder im Verlaufe desselben gemacht haben; ebenso, ob sie ihre Wahrnehmungen durchaus unbefangen oder mit der Kenntniß von einem bevorstehenden oder bereits im Gange befindlichen Rechtsstreite, ja vielleicht in der Absicht angestellt haben, über den Gegenstand derselben demnächst gerichtlich auszusagen.
2. Sachkundige Personen, welche im richterlichen Auftrage als Sachverständige in einem bestimmten Prozesse Wahrnehmungen gemacht haben, wenn sie über diese in einem anderen Prozesse aussagen sollen.
3. Sachkundige Personen, welche zu Sachverständigen in einem bestimmten Prozesse bestellt sind, insoweit sie außer den von ihnen in Folge ihres Auftrages gemachten Beobachtungen oder Darstellungen noch anderweitig solche ausgeführt haben, welche nicht durch ihre Instruktion erfordert wurden, hernach aber dennoch für erheblich erachtet werden.

Die Erfahrung lehrt nun, daß diese sachverständigen Zeugen nicht selten — die ad 3 bezeichneten immer — zugleich als Sachverständige in Vorschlag gebracht und vernommen werden. Sie vereinigen alsdann die Funktionen von Sachverständigen und von Zeugen in sich und haben sowohl den Zeugen- als den Sachverständigeneid zu leisten. Diese beiden Funktionen bestehen aber durchaus unabhängig neben einander. Die Aussage eines sachverständigen Zeugen wird nicht dadurch zum gutachtlichen Berichte eines eigentlichen Sachverständigen, daß er im Anschlusse an seine Depositionen als Sachverständiger gehört wird, und die thatsächlichen Depositionen eines eigentlichen Sachverständigen nehmen nicht dadurch den Charakter des Zeugnisses an, daß er gleichzeitig als sachverständiger Zeuge vernommen wird.

Die Anwendung dieser Regel auf die oben aufgeführten Arten der sachverständigen Zeugen führt im Einzelnen zu folgenden Ergebnissen.

## VII.

1. Ein Zeuge, gleichviel ob er seine Wahrnehmungen vermittelst seiner besonderen Sachkunde ausgeführt hat oder nicht, ist in der Lage, an seine Wahrnehmungen sachverständige Schlußfolgerungen zu knüpfen. Gegenstand einer Zeugenaussage können diese Schlußfolgerungen nur dann sein, wenn es in Frage kommt, welches Urtheil der Zeuge zu einem seiner Vernehmung vorhergehenden Zeitpunkte über die fraglichen Wahrnehmungen thatsächlich gefällt hat. Derartige Urtheile sind aber für den Richter regelmäßig nicht von Belang, da er, wie schon oben (IV.) bemerkt worden ist, bei Entscheidung eines Rechtsstreites regelmäßig das gegenwärtige Urtheil des Sachverständigen über die Thatsachen seiner Aussage wissen will. In dieser Beziehung sich zu äußern, ist aber der sachverständige Zeuge nicht in seiner Eigenschaft als solcher, sondern nur dann und insoweit berufen, als er zugleich die Eigenschaften eines Sachverständigen im prozessualischen Sinne besitzt und als solcher vom Richter bestellt resp. gehört wird. Der Richter wie die interessirte Partei sind nicht gezwungen, einen sachverständigen Zeugen lediglich aus dem Grunde als Gutachter sich aufdrängen zu lassen, weil er die Wahrnehmungen, an welche er ein sachverständiges Urtheil knüpfen kann, selbst gemacht hat. Auch sind sie nicht genöthigt, mit derjenigen Beurtheilung der wahrgenommenen Thatsachen sich zu begnügen, welche der Zeuge etwa bei Gelegenheit der Wahrnehmung selbst für sich ausgeführt hat. In den meisten einfachen Fällen wird zwar die Beurtheilung später nicht anders lauten als früher; in manchen Fällen aber wird die gegenwärtige Beurtheilung von der früheren abweichen, sei es aus dem Grunde, weil der sachkundige Urtheiler selbst seine Ansicht von der Sache geändert hat, oder aus dem (wohl häufigeren) Grunde, weil jener durch die Anweisung des Richters auf neue Gesichtspunkte geführt worden ist Oft wird hierbei das Interesse sowohl des Richters als einer Prozeßpartei zur Bestellung von Nebensachverständigen führen. Wird insbesondere ein sachverständiger Zeuge aus einem Grunde, welcher seine zeugeneidliche Vernehmung nicht hindert, z. B. wegen zu besorgender Befangenheit, als Sachverständiger mit Erfolg abgelehnt, so wird die Bestellung anderweitiger Sachverständiger nothwendig.

Diesen steht es dann zwar frei, mit dem sachverständigen Zeugen behufs ihrer Information in Verbindung zu treten. Sein Urtheil ist aber für sie in keiner Weise maßgebend; er hat nicht einmal das Recht, mit demselben auch nur von den Sachverständigen gehört zu werden.

2. Ein Sachkundiger ist in einem anderen Prozesse als dem, in welchem er jetzt gehört werden soll, zum Sachverständigen bestellt worden und hat als solcher Wahrnehmungen (Darstellungen) oder Schlußfolgerungen oder beides zum Gegenstande von Depositionen gemacht. Ueber seine Wahrnehmungen und Darstellungen kann er, insofern sie sich nicht etwa wiederholen lassen und wiederholt werden, in dem gegenwärtigen Prozesse unzweifelhaft nur als Zeuge gehört werden; seine Urtheile hingegen kann er in die abermalige Vernehmung als gegenwärtige Urtheile hinübernehmen.

Sind die beiden in Frage stehenden Prozesse gleichartiger oder wenigstens verwandter Natur, so wird der Sachkundige, auch wenn er nicht für beide Prozesse gleichzeitig zum Sachverständigen bestellt worden ist, häufig in der Lage sein, lediglich auf das im anderen Prozesse abgegebene Urtheil Bezug zu nehmen. Für den Richter wird jedoch eine solche Bezugnahme nur insofern Bedeutung haben, als der Sachkundige sein früheres Urtheil für den neuen Prozeß als sein gegenwärtiges hinstellen kann. Ob dies der Fall ist, muß sich sowohl nach der Beschaffenheit des neuen Prozesses als auch nach der Auffassung entscheiden, welche der Richter von der Sache hat, da ja letztere, namentlich wenn die Person des Richters eine andere geworden, sich geändert haben kann. Je weniger gleichartig die beiden Prozesse sind, in denen ein und derselbe Sachkundige gehört wird, desto schärfer wird die materielle Verschiedenheit der Gesichtspunkte hervortreten, von denen der Sachkundige bei seiner Beurtheilung ausgeht resp. ausgehen muß. Die erfolgreiche Ablehnung eines Sachverständigen in dem anderen Prozesse führt hier zu ähnlichen Ergebnissen, wie sie zu 1 dargelegt worden sind.

3. Der bestellte Sachverständige wird in dem nämlichen Prozesse über Wahrnehmungen und Schlußfolgerungen gehört, welche er zwar vermittelst seiner besonderen Sachkunde, aber außerhalb des ihm gewordenen Auftrages gemacht hat.

In der Regel wird der Sachverständige zu einer möglichst vielseitigen Erforschung des wahrzunehmenden Gegenstandes durch seinen Auftrag angewiesen sein. Es kann jedoch vorkommen, daß er unter Voraussetzung einer stillschweigenden Genehmigung des Richters oder in eigenem Fachinteresse seine Wahrnehmung auf Gegenstände ausdehnt, zu deren Wahrnehmung er vom Richter nicht berufen war. Z. B. Thierärzte sollen ein krankes Thier besichtigen, finden es todt vor und obduziren nun sofort den Kadaver. Eigentliche Sachverständige im prozessualischen Sinne sind die Wahrnehmenden hier nicht, insofern sie nicht als Beauftragte des Richters, sondern kraft eigenen Entschlusses thätig geworden sind. Sie können daher über ihre thatsächlichen Beobachtungen nur als Zeugen vernommen werden, wenn auch ihr Zeugniß materiell ganz den nämlichen Werth haben mag, wie eine Deposition über Wahrnehmungen, welche im richterlichen Auftrage erfolgt sind. Dagegen wird ihr Urtheil über diejenigen Punkte, zu deren Begutachtung sie nicht beauftragt waren, insofern es erheblich ist, meist unbedenklich vom Richter entgegengenommen werden, ohne daß es einer nochmaligen Bestellung und Instruktion der Sachverständigen als solcher bedarf. Zu einem Gutachten im prozessualischen Sinne aber wird das Urtheil der Sachverständigen doch auch hier erst dadurch, daß es der Richter durch seine Benutzung als ein von ihm erfordertes Gutachten behandelt. Hält der Richter eine nochmalige Begutachtung für nothwendig, dann ist, wie schon früher bemerkt, das neue Gutachten das maßgebende. Man kann dann aber nicht von einer Wiederholung des Sachverständigenverfahrens sprechen, sondern nur von der Ausdehnung desselben auf bisher nicht berührte Punkte.

## VIII.

Wir haben uns in dem Vorhergehenden damit begnügt, den Begriff und die Arten der sachverständigen Zeugen in Anlehnung an den von uns gefundenen Begriff der Sachverständigen im prozessualischen Sinne unter Berücksichtigung der herrschenden Lehre vom Zeugnisse festzustellen. Nunmehr werden wir zu sehen haben, wie weit unsere

Entwickelung mit derjenigen Behandlung übereinstimmt, welche das sachverständige Zeugniß in den neueren gesetzgeberischen Arbeiten gefunden hat.

Die Bestimmung des §. 349 (360) der mehr angeführten Civilprozeßentwürfe:

> Insoweit zum Beweis(e) vergangener Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung,

ist augenscheinlich dem Vorgange des Art. 500 der württembergischen Prozeßordnung gefolgt, welcher lautet:

> Sollen vergangene Thatsachen oder Zustände, welche vermittelst besonderer Fachkunde wahrgenommen werden konnten, bezeugt werden, so kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

Für das Verständniß dieser Festsetzungen kommt alles darauf an, was die Worte „vergangene Thatsachen und Zustände“ zu bedeuten haben.

Der Begriff einer Thatsache, so scheint es, muß das Moment des Abgeschlossenen in sich enthalten; nur in einem uneigentlichen Sinne kann man von werdenden oder zukünftigen Thatsachen reden. Zustände allerdings sind Beziehungen von Ereignissen zu einander, deren Wahrnehmbarkeit den Augenblick der Wahrnehmung überdauern kann, aber nicht nothwendig überdauern muß.

Sollen jedoch Thatsachen wie Zustände resp. die Wahrnehmungen solcher Gegenstand einer gerichtlichen Aussage werden, so müssen sie stets in einer Gestalt erscheinen, welche sie in einem der Aussage vorhergehenden Momente hatten, welche aber im Momente der Aussage nicht mehr nothwendig dieselbe ist.

Man kann also Auskunftspersonen überhaupt nur über „vergangene“ Thatsachen und Zustände vernehmen. Der Zusatz des Wortes „vergangen“ erscheint überflüssig, wenn wir demselben nicht eine andere Beziehung zu geben haben, als lediglich die Beziehung auf die Thatsachen und Zustände als solche.

Es ergeben sich hier zwei Möglichkeiten. Entweder man denkt sich als Gegensatz des Vergangenen die Gegenwart des Prozesses. Oder man denkt sich als den Gegensatz die Gegenwart des Richters.

Würde man als gegenwärtige Thatsachen oder Zustände solche

bezeichnen, welche nach Einleitung des betreffenden Prozesses wahrnehmbar gewesen sind, so würden alle diejenigen sachkundigen Personen, welche im Laufe eines Prozesses, wenn auch unaufgefordert, eine erhebliche Thatsache vermittelst ihrer besonderen Sachkunde wahrnehmen, eben hierdurch ohne weiteres in die Reihe der eigentlichen Sachverständigen eintreten. Das ist aber ein unmögliches Resultat.

Wir können als den Gegensatz der vergangenen Thatsachen also nur solche bezeichnen, welche für den Richter gegenwärtig sind.

Gegenwärtig für den Richter sind nur solche Thatsachen, deren Wahrnehmung in dem Momente erfolgen kann, in welchem der Richter nach der Ordnung des Verfahrens mit ihnen sich zu befassen hat; Beweisthatsachen also dann, wenn sie zur Zeit des Beweisverfahrens wahrnehmbar sind. Vergangene Thatsachen und Zustände sind demnach solche, denen das eben bezeichnete Merkmal mangelt.

Es fragt sich nur, ob wir zu den vergangenen Thatsachen rc. im Sinne der obigen Festsetzungen nicht auch noch diejenigen zu rechnen haben, welche zwar zu der Zeit der Beweiserhebung, aber ihrer Natur nach nicht in der örtlichen Gegenwart des Richters wahrgenommen werden können, von denen der Richter also erst dann etwas erfahren kann, wenn die Wahrnehmung bereits stattgefunden hat, für ihn also in der Vergangenheit liegt?

Sollte die letztere Auslegung des Wortes „vergangen" die zutreffende sein, so würde sich hiermit die reine Anwendung der Wetzellschen Lehre ergeben. Gegen diese Auslegung spricht nur, daß das Wort „vergangen" nicht zugleich das Gegentheil (contrarium) von der zeitlichen und von der örtlichen Gegenwart bezeichnen kann, sondern nur dasjenige von der zeitlichen Gegenwart allein.

Die von den Motiven angenommene Theorie Wetzell's ist also in dem §. 349 (360) der Entwürfe keinenfalls zum sicheren Ausdrucke gekommen. Läßt man die Motive bei Seite und versteht unter „vergangenen" Thatsachen nur diejenigen, welche für den beweiserhebenden Richter nicht zeitlich gegenwärtig sind, unter gegenwärtigen hingegen diejenigen, welche der beweiserhebende Richter entweder mit eigenen Augen oder durch abgeordnete sachverständige Hülfspersonen wahrnehmen kann, so würde sich hiermit die Scheidung der sachverständigen Zeugen von den eigentlichen Sachverständigen in der von uns dargelegten Weise vollziehen. Nur würde allerdings die Form des Ausdruckes, welche die Entwürfe in Uebereinstimmung mit der württem-

bergischen Prozeßordnung gewählt haben, einer Verbesserung fähig sein. Wir würden die folgende vorschlagen:

> Insoweit sachkundige Personen über Thatsachen und Zustände zu vernehmen sind, welche sie zwar vermittelst ihrer besonderen Sachkunde, aber nicht im Auftrage des befaßten Richters wahrgenommen haben, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

---

# XIII.

# Berührung der Privatrechte mit der Straßen- und Wegepolizei.

## Drei Rechtsfälle,

mitgetheilt und besprochen von Herrn Rechtsanwalt Kretschmann in Burg.

## I.

**Die Ertheilung des Baukonsenses schließt dritte Personen von der Verfolgung eines privatrechtlichen Widerspruches gegen die dem Bauenden auferlegten Bedingungen des Baues im Rechtswege nicht aus.**

Der Kläger M. ist Besitzer des Hauses Nr. 349 b, während der Beklagte W. das Haus Nr. 350 besitzt. Die Parteien sind in der Art Nachbaren, daß das Haus des Klägers mit dem Ostgiebel auf den Hofraum des Verklagten stößt. In diesem Ostgiebel befinden sich drei Fenster, die auf den Hof des Beklagten gehen, eins im Erdgeschosse, eins im ersten und eins im zweiten Stocke. Diese Fenster sind seit dem im Jahre 1860 erfolgten Wiederaufbau des klägerischen Hauses, mithin seit länger als 10 Jahren vorhanden und haben stets freies Licht gehabt, da sie an eine unbedeckte Durchfahrt des Beklagten stießen.

Im Jahre 1871 errichtete Beklagter ein neues Wohnhaus an Stelle seines alten; hierbei beabsichtigte er, wie der der Polizei überreichte Bauplan ergiebt, die Durchfahrt zu überbauen. Bei weiterer Fortführung des Baues würden alle drei Fenster des Klägers verdeckt und die betreffenden Wohnungsräume des Lichtes ganz beraubt werden. Als das unterste Fenster bereits größtentheils verbaut war, stellte Kläger (am 26. Juni 1871) im schleunigen Verfahren Klage an und begehrte vom Verklagten: mit seinem Bau vom dem klägerischen Ostgiebel soweit zurückzubleiben, daß aus dem ungeöffneten Fenster des Erdgeschosses der Himmel erblickt werden könne.

Die Beweisaufnahme ergab, daß der Hausflur im Erdgeschosse noch von anderer Seite her Licht hatte; Kläger ermäßigte daher seinen Klageantrag gemäß §. 143 I. 8 A. L.-R. dahin, daß der Bau des Beklagten nur soweit zurückzubleiben habe,

> daß aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerkes der Himmel erblickt werden könne.

Der erste Richter erkannte am 8. August 1871 nach diesem Antrage und verwarf ausdrücklich den Einwand des Beklagten: daß ihm laut Baukonsenses von der Polizeiverwaltung aufgegeben sei, den westlichen Giebel hart an der Nachbargrenze aufzuführen. Dieser Konsens sei, so wird ausgeführt, nur vorbehaltlich der Privatrechte Dritter ertheilt, und ein solches Nachbarrecht des Klägers sei eben für festgestellt zu erachten. Die Baupolizeiordnung vom 17. März 1862 aber, welche die Anlegung von Fenstern in Brandgiebeln und Grenzmauern verbiete, könne nicht rückwirkend auf Fenster bezogen werden, welche schon vor ihrer Gültigkeit vorhanden gewesen.

Neben dieser gerichtlichen Instanz hatte Kläger Anlaß, auch gegen die Administrativbehörde beschwerend vorzugehen. Unterm 6. Juni 1871 war ihm nämlich folgende polizeiliche Verfügung zugestellt:

> „Sie haben gegen den Inhalt des Ihnen unterm 7. Febr. 1860 ertheilten Baukonsenses und dem §. 32 der hier gültigen Baupolizeiordnung zuwider in dem östlichen massiven Giebel Ihres Wohnhauses 3 Fenster angebracht. Sie werden aufgefordert, diese Fenster bei Vermeidung von 5 Thlr. Strafe binnen vierzehn Tagen zumauern zu lassen."

Der Kläger hob in seiner Beschwerde hierüber bei der Königlichen Regierung hervor, daß die Baupolizeiordnung Fenster in Grenzmauern sogar ausdrücklich gestatte, wenn ein Gebäude ganz frei oder die Oeffnung 15 Fuß über dem Dachfirst des Nachbarn liege, daß dieselbe übrigens keine rückwirkende Kraft habe, und daß in dem Baukonsens de 1860 von Fenstern gar nicht die Rede sei; die Anlage von solchen könne demnach um so weniger für verboten gelten, als bei einer amtlichen Besichtigung des Neubaues von 1860 der Giebel mit seinen 3 Fenstern völlig unbeanstandet geblieben sei. Ueberdies stehe ihm auch eine rechtskräftige Entscheidung zur Seite, wonach die Fenster, weil älter wie der Neubau von 1860, dem jetzigen Beklagten gegenüber gerichtsseitig geschützt worden seien.

Die Königliche Regierung wies jedoch die Beschwerde unter dem

22. August 1871 zurück, indem sie die Argumente der Polizeiverwaltung wiederholte und noch hinzufügte, daß jene Fenster auch nach allgemeinen Vorschriften (angeführt werden dieselben nicht) unerlaubt seien.

In seiner Beschwerde beim Ministerio vom 5. September 1871 hob Kläger nun hervor, daß jene Behörden von der irrigen Voraussetzung ausgehen, es handele sich um eine unerlaubte Handlung, gegen welche einzuschreiten sei, während ein Eingriff in das Privateigenthum vorliege, welcher den Expropriaten niemals zu Handlungen oder zu Aufwendung von Kosten heranziehen könne, vielmehr nur gegen Entgelt des enteigneten Rechtes statthaft erscheine.

Inzwischen erhob die Königl. Regierung gegen den Fortgang des gerichtlichen Prozesses, welcher durch rechtzeitige Appellation des Beklagten in die zweite Instanz gediehen war, folgenden Konfliktsbeschluß:

In Erwägung:

daß der Kläger durch die Verfügung der Polizeiverwaltung vom 6. Juni d. J., welche durch die Verfügung der Königl. Regierung Abtheilung des Innern vom 22. August d. J. aufrecht erhalten worden, verpflichtet worden ist, die in der östlichen Brandmauer seines im Jahre 1860 erbauten Hauses, entgegen den baupolizeilichen Vorschriften und gegen die ausdrücklichen Bestimmungen des ertheilten Baukonses, angelegten drei Fensteröffnungen wieder zu verschließen,

daß dem Verklagten in dem ihm unterm 21. Juni d. J. seitens der Polizeiverwaltung zu Burg ertheilten Baukonsense ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, den westlichen Giebel hart an der Grenze des klägerischen Nachbargrundstückes aufzuführen, daß der Kläger gegen den Verklagten mit dem Antrage Klage erhoben hat, daß Verklagter schuldig, mit der Aufführung der Westwand von den drei Fenstern des klägerischen Ostgiebels soweit zurückzubleiben, daß Kläger aus dem ungeöffneten Fenster im Erdgeschosse seines Ostgiebels den Himmel erblicken könne, welcher Antrag demnächst event. darauf beschränkt worden ist, daß Beklagter mit dem neuen Bau soweit zurückzutreten habe, daß Kläger aus dem ungeöffneten Fenster des zweiten Stockes den Himmel sehen könne,

in fernerer Erwägung,

daß dieser Klageantrag der Ausführung der polizeilichen Verfügung vom 6. Juni resp. 22. August d. J. wegen Verschlie-

der Fensteröffnungen in dem östlichen Giebel des klägerischen Hauses, sowie der Bestimmung des dem Verklagten, der Vorschrift der Baupolizeiordnung für die Stadt Burg gemäß ertheilten Baukonsenses wegen Ausführung des westlichen Giebels hart an der Nachbargrenze, sowie der ausdrücklichen Bestimmungen im §. 26 und 32 der Baupolizeiordnung für die Stadt Burg vom 4. Oktober 1861 direkt entgegentritt,

daß die vorgedachte Vorschrift des Baukonsenses zwar dem Verklagten nur für den Fall auferlegt worden ist, daß er den projektirten Bau zur Ausführung bringe, diese Bestimmung zu einer unbedingten polizeilichen Vorschrift geworden ist,

in endlicher Erwägung,

daß gegen polizeiliche Verfügungen nach §§. 1 und 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 der Rechtsweg nur dann zulässig ist, wenn die Verletzung eines zum Privateigenthum gehörenden Rechtes behauptet wird, und auch in diesem Falle sich nicht auf die Verhinderung der Ausführung der polizeilichen Verfügung, sondern nur auf eine etwaige Entschädigung für verletzte Privatrechte beziehen darf, daß mithin der von dem Kläger erhobene Anspruch zur Entschädigung im Rechtswege sich nicht eignet,

beschlossen, in dieser Angelegenheit den Kompetenzkonflikt zu erheben.

Der Königliche Gerichtshof für Kompetenzkonflikte verwarf durch Erkenntniß vom 9. März 1872 den Beschluß der Regierung und erklärte den Rechtsweg für zulässig. Aus den Gründen dieses im Justizministerialblatte de 1872 S. 135 abgedruckten Erkenntnisses möge hier nur das Argument hervorgehoben werden: es sei unrichtig, wenn die K. Regierung annimmt: die bedingte Auflage in dem Baukonsense, hart an der Nachbargrenze zu bauen, sei eine polizeiliche Verfügung, welche gegen den Kläger eine vollstreckbare und den Rechtsweg ausschließende Kraft besitze.

Am 7. Mai 1872 bestätigte das Appellationsgericht, welches sich schon im Konfliktsverfahren gegen die Kgl. Regierung ausgesprochen hatte, die gerichtliche Entscheidung erster Instanz.

Eine Entscheidung des Ministers für Handel und Gewerbe über die Beschwerde vom 5. September 1871 ist nicht erfolgt. Daß sie nicht mit den angefochtenen Verfügungen übereingestimmt haben würde,

darf angenommen werden, weil der Hr. Minister im Konfliktsverfahren dem Antrage der K. Regierung nicht beigetreten ist, sondern die Entscheidung lediglich anheimgegeben hat, und weil ein Kommissarius der Regierung an Ort und Stelle erschienen ist, um einen Vergleich herbeizuführen.

Ein solcher ist denn auch dahin zu Stande gekommen, daß das inzwischen fertig gewordene Gebäude des Beklagten erhalten geblieben ist, wogegen derselbe die Kosten anderweiter Lichtanlagen zu Gunsten des Klägers übernommen, wobei endlich die Polizeibehörde in den Fortbestand des Fensters im Erdgeschosse, soweit dasselbe noch unverbaut war, gewilligt hat.

Ohne den Vergleich würde das Gebäude des Beklagten zurückzunehmen gewesen sein und ein bleibendes Abbild des vorangegangenen Konfliktes geliefert haben, doppelt anschaulich, wenn daneben auch die polizeiliche Zumauerung der klägerischen Fenster ausgeführt worden wäre.

## II.

### Kann ein öffentlicher Weg Gegenstand von Privatrechten sein?

Der Kläger T. besitzt eigenthümlich das Haus Nr. 161 in B., die Beklagte daneben das Haus Nr. 160. Zwischen beiden Häusern befindet sich ein $2^1/_4$ bis $2^1/_2$ Fuß breiter Gang, welcher sich zwischen den Höfen und Ställen der Parteien fortsetzt und bei der dahinter liegenden Kleinkinderbewahranstalt endet. Mittelst gerichtlichen, seitens der Königlichen Regierung bestätigten Vertrages vom 3. September 1870 hat der Kläger den zwischen den erwähnten Häusern befindlichen Gang ohne Gewährleistung für Eigenthums- oder andere Ansprüche von der Stadtgemeinde Burg für 5 Thaler gekauft und ist in dem Vertrage anerkannt, daß die Uebergabe erfolgt sei und der Kläger sich im Besitze des Ganges befindet.

Im Jahre 1870 hat bereits die jetzige Beklagte in possessorio wegen Störung im Mitbesitze des Ganges gegen T. geklagt und haben sich die Parteien am 3. April 1870 dahin verglichen, daß der jetzige Kläger der Beklagten den Mitbesitz an dem Gange einräumte, vorbehaltlich des Rechtes, der letzteren sein Alleineigenthum nachzuweisen.

Kläger beruft sich gegenwärtig zum Beweise seines angeblich von der Beklagten nicht anerkannten Eigenthumes auf den gerichtlichen

Kaufvertrag vom 3. September 1870 und zum Nachweise des Eigenthumes seiner Verkäuferin auf ein Attest des Magistrates vom 21. Oktober 1870, demzufolge die Stadtgemeinde sich seit länger als 44 Jahren im ungestörten Besitze des Ganges befunden und somit das Eigenthum durch Verjährung erworben habe.

Kläger hat beantragt:

> die Beklagte zu verurtheilen, sein ausschließliches Eigenthum an dem zwischen den Häusern der Parteien Nr. 160 und 161 gelegenen Gange anzuerkennen und Beklagte für schuldig zu erachten, dem Kläger alleinigen Besitz an demselben einzuräumen.

Die Beklagte hat eingeräumt, daß der Kläger den Gang durch den Vertrag vom 3. September 1870 von der Stadtgemeinde Burg erkauft hat.

Sie behauptet, daß sich die Besitzer ihres Hauses seit länger als 44 Jahren des streitigen Ganges als Zugangs- und Transportweges von der Magdeburger Straße bis zum Hofe und umgekehrt bedient und Vieh, Dünger, Holz, Schnee und Unrath aller Art durch denselben geschafft, auch selbst darauf gegangen seien.

Im Jahre 1850 habe ihr Vater, der damalige Besitzer des Hauses, den Gang neu pflastern lassen und nach der Straße zu mit einer Thür versehen.

Die Beklagte hat widerklagend beantragt:

> zu erkennen, daß sie als Besitzerin des Hauses Nr. 160 wohl befugt, sich des Ganges zwischen ihrem Grundstücke und den Gebäuden des T'schen Grundstückes als Zugang zu ihrem Grundstücke, insbesondere zum Transport von Thieren, Dünger, Steinen und Unrath zu bedienen.

Der Kläger hat gegen den Widerklageantrag eingewendet, daß eine Ersitzung der behaupteten Servitut an dem Gange nicht möglich gewesen sei, da derselbe bis zum Jahre 1848 ein öffentlicher von der Magdeburger Straße nach der Stadtmauer führender Weg gewesen und von Jedermann, namentlich den Steuerbeamten, benutzt, also extra commercium gewesen sei.

Der erste Richter hat zu Gunsten des Klägers und auf Abweisung der Widerklage erkannt. Er führt aus:

> durch die amtliche Auskunft des hiesigen Magistrates vom 24. Juni 1872 ist bewiesen, daß der streitige Gang bis zum

Jahre 1846 ein öffentlicher Weg gewesen ist, und diesen Charakter erst in jenem Jahre dadurch verloren hat, daß damals durch Anlegung der Kleinkinderbewahranstalt die Verbindung zwischen der Hauptstraße und dem Wege an der Stadtmauer, welche durch jenen Gang bis dahin vermittelt worden war, aufgehoben wurde.

Hiernach konnte bis zum Jahre 1846 eine Ersitzung nicht beginnen, conf. §. 581 Allg. L.-R. Th. I. Tit. 9, und hat, die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt, bis jetzt nicht vollendet werden können.

Der Appellationsrichter hat die Entscheidung bestätigt. Seine Gründe bezüglich der Rekonvention lauten wie folgt:

Daß der Gang, bis er 1848 von der Stadt Burg verbaut wurde, für Verkehrszwecke Jedermann zugänglich, ein öffentlicher Weg gewesen ist, ist nach den vom Magistrat amtlich angegebenen Thatsachen nicht in Zweifel zu ziehen. Die Verklagte hat Thatsachen nicht angeführt, aus welchen das Gegentheil zu folgern wäre. Wenn eine Thür vorhanden war, welche nie geschlossen wurde und Niemand an der Benutzung des Weges hindert, so spricht dies nicht gegen jene Annahme. Weiter ist anzunehmen, daß die Stadt B. Eigenthümerin des Grund und Bodens des Ganges war. — Die Verklagte selbst hat einen anderen Eigenthümer nicht zu benennen gewußt, die Stadt hat unbestritten über einen Theil des Ganges durch Anlegung der Kinderbewahranstalt disponirt. Die Annahme der Verklagten, daß eine Sache, welche durch Bestimmung zum öffentlichen Gebrauche dem Verkehre entzogen sei, ist ohne allen Grund, beide Begriffe schließen einander nicht aus: ein Stück Land wird nicht dadurch herrenlos, daß der Eigenthümer seine Benutzung für öffentliche Zwecke gestattet. Die §§. 581 ff. Th. I. Tit. 9 des Allgem. Landrechtes sichern derartige Sachen nur vor der Usurpation, deren Eigenthümer vor der Gefahr, daß Andere aus dem ihnen offen gelassenen Gebrauche Eigenthumsrechte an solchen Sachen für sich herleiten möchten. Der erste Richter hat aber mit Unrecht aus diesen Gesetzen gefolgert, daß die Vorbesitzer der Verklagten auch keine dinglichen Rechte an dem qu. Gange haben erwerben können. Solcher

Erwerb wäre durch die Bestimmung zur öffentlichen Benutzung im Sinne jener Gesetze nur soweit ausgeschlossen, als das zu erwerbende Recht schlechthin unvereinbar mit dem Zwecke wäre, dem die Sache gewidmet ist. Dies ist nicht der Fall, Servituten können — innerhalb der erwähnten Schranken — auch an öffentlichen Wegen erworben werden. (Vergl. Striethorst, Archiv, Bd. 53 S. 4 ff.)

Für solchen Erwerb gewinnt aber die Regel der §§. 81, 82 Th. I. Tit. 7, §. 14 Th. I. Tit. 22 des Allgem. Landrechtes, daß klar sein müsse, daß Derjenige, welcher eine Sache benutzt, ein Recht daran habe üben wollen, besondere Bedeutung. Ein Adjazent eines öffentlichen Weges, welcher Spezialrechte, eine Servitut für sein Grundstück erwerben will, muß den Weg erkennbar in anderer Weise nutzen, als alle Welt, es muß aus den Umständen klar und erkennbar sein, daß er ein Privatrecht üben will durch Handlungen, welche zugleich im öffentlichen Interesse Jedermann freigegeben sind. Erst wenn er in solcher Weise den Besitz eines Rechtes ergriffen, kann er dasselbe durch fernere Uebung ersitzen. (Vergl. Entscheidungen d. Obertribunales, 13, S. 167; 32, S. 36; 37, S. 170.) Diese wesentliche Seite der Sache läßt die Widerklage ganz dahin gestellt, sie führt nichts an, als daß jener Weg von den Vorbesitzern der Verklagten und deren Miethern für persönliche und wirthschaftliche Zwecke benutzt worden sei, eine Beweisaufnahme über diese unzureichende Behauptung ist mithin für unerheblich zu erklären. Die aktenmäßig erörterten thatsächlichen Momente sprechen nicht für Uebung eines Rechtes. Die jetzt vom Hofe der Verklagten nach dem Gange führende Thür besteht noch nicht seit rechtsverjährter Zeit.

Aehnlich lag der Fall, welcher der Entscheidung, Bd. 13 S. 16, zum Grunde liegt. Der Beklagte hatte ein Grundstück besessen, dessen Thor und Treppe nach einem früher öffentlichen Platze führten, welchen die Stadt Iserlohn vererbpachtet hatte. Wenn der Platz Jedem zugänglich war — so lauten die Gründe der Entscheidung zu Gunsten des Erbpächters — so .... verlieren die Handlungen der Vorbesitzer des Verklagten, zu welchen sie gleich jedem anderen Bewohner der Stadt berechtigt waren, das Charakteristische, daß sie für ihr Grundstück

ein besonderes Recht haben erwarten wollen, wenn sie von demselben über den Streitort gegangen sind.

Die zweite, vom Appellationsrichter angeführte Vorentscheidung, welche übrigens im Gebiete des pommerschen Provinzialrechtes sich bewegt, enthält einen Rechtsgrundsatz, welcher der Anschauung des ersten Richters in unserem Falle etwa gleichkommt. Die Wegegerechtigkeit ist durch die Existenz eines Kommunikationsweges für ausgeschlossen zu erachten (Entscheidungen, Band 32 S. 57; vergl. auch Striethorst, Archiv, Bd. 17 S. 293), d. h. also, an einem öffentlichen Wege findet ein privatrechtlich zu beurtheilendes Wegerecht nicht statt. Dieser Rechtsgrundsatz würde um so einschneidender wirken, als die Verwaltungsbehörde ausschließlich zu bestimmen hat, welche öffentlichen Wege eingezogen und welche Zugänge für öffentliche Wege zu erklären sind.

Der höchste Gerichtshof hat übrigens auch neuerdings diesen Grundsatz, wenigstens dessen äußerste Strenge verlassen; z. B. im Erkenntniß vom 24. Oktober 1863 (Archiv, Bd. 53 S. 4):

> Die Existenz eines öffentlichen Weges schließt die Existenz einer Wegegerechtigkeit nicht unbedingt aus.

und vom 24. April 1871 (Archiv, Bd. 81 S. 33):

> Die Eigenschaft eines Weges als eines öffentlichen . . . schließt die Möglichkeit nicht aus, daß Jemand davon den Besitz einer Anlage erwerben kann . . .

Die dritte vom Appellationserkenntnisse angezogene Entscheidung (die Kundgebung eines animus juris betreffend) gehört nur sehr entfernt hierher.

Wohl aber regt eine andere neuerliche Entscheidung (vom 8. Okt. 1868 (Archiv, Bd. 72 S. 258):

> Ein bei einer Gemeinheitstheilung ausgewiesener Privatweg, für welchen Derjenige, dessen Grundstücke dadurch durchschnitten werden, durch Land abgefunden ist, bleibt in Ermangelung anderweiter Festsetzungen gemeinschaftliches Eigenthum der Interessenten und das Recht zur Benutzung desselben ist ein Zubehör jedes einzelnen der dabei betheiligten Grundstücke

die Frage an, warum der Grundsatz auf Privatwege beschränkt bleiben soll, während doch die Kommunikationswege, welche eine Feldmark durchschneiden, stets auch als Zugänge zu den daran belegenen Grundstücken dienen und als solche nicht wohl dem Privatrechte und der Kognition der Gerichte entzogen werden können. Ebenso dürfte nach

Abschluß eines Gemeinheitstheilungsrezesses nur noch der Zweck des Weges, nicht aber die Ermittelung, von wem das dazu verwendete Land aufgebracht worden, noch ferner in Frage kommen. Der nachstehende Rechtsfall wird vielleicht noch zu einer Civilentscheidung über jenen auf einen Kommunikationsweg anzuwendenden Rechtssatz Gelegenheit geben.

## III.

### Durch die Einziehung eines Kommunikationsweges erleidet die Berechtigung der an demselben belegenen Grundstücke, sich der Wegefläche als Zuganges zu bedienen, keine Aenderung.

In dem Separationsrezesse von N. war der von N. nach S. führende Kommunikationsweg gerade gelegt und versteint. Derselbe diente und dient noch den angrenzenden Ackerstücken, deren eines dem Denunziaten gehört, als Zugangsweg. Durch die Anlage eines fiskalischen Kanals, welcher den Kommunikationsweg in einiger Entfernung vom Dorfe N. abschneidet, ist das Stück vom Dorfe bis zum Kanal unbrauchbar geworden; die Kommunikation dorthin wird seitdem durch die Kreischaussee vermittelt, für welche eine Brücke über den Kanal erbaut ist. Von dieser Brücke führt nun ein neues Stück Weges zum jenseitigen Stücke des alten Kommunikationsweges hinüber.

Durch einen Vertrag zwischen dem K. Hausfideikommiß und dem K. Fiskus wurde dem ersteren versprochen, ihm für das ihm entzogene Land das eingezogene Wegeterrain Morgen gegen Morgen zu überlassen. Die Königl. Regierung Abth. des Innern genehmigte diesen Vertrag. Die Güterverwaltung des Kgl. Hausfideikommisses setzte sich in den Besitz der Wegestrecke des Kommunikationsweges vom Kanal ab bis einschließlich zum Acker des Denunziaten und verpachtete dieselbe zur landwirthschaftlichen Benutzung. Der Pächter machte das Wegestück vor dem Acker des Denunziaten urbar, bestellte es mit Lupinen und versperrte ihm so den bisherigen Zugang zu seinem Acker.

Derselbe fuhr jedoch seine Roggenerndte ungeachtet jener Bestellung ab und zwar über das bestellte Lupinenstück hinweg.

Er ist des unbefugten Fahrens über bestellten Acker vor beendeter Erndte (§. 368 u. 69 d. Strafgesetzbuches) angeklagt, indessen freigesprochen. In den Gründen heißt es: „Durch den Privatvertrag des Königlichen

Fiskus einer- und der Königl. Hofkammer andererseits um die Disposition über den betreffenden Theil des öffentlichen Kommunikationsweges hat dieser die Eigenschaft eines öffentlichen Weges nicht verloren, ebensowenig durch die thatsächliche Verwandelung in Acker, und da öffentliche Wege Jedermann zur Benutzung dienen sollen, so läßt sich nicht annehmen, daß der Angeklagte unbefugt auf der betreffenden Stelle gefahren ist.

Nach dieser Begründung würde anscheinend die Befugniß des Denunziaten verneint sein, wenn eine ausdrückliche Verfügung der Polizeibehörde den öffentlichen Verkehr auf jener Wegestrecke für geschlossen erklärt hätte; wenigstens findet sich keine Andeutung dafür, daß diese Befugniß auch in dem privatrechtlichen Titel gefunden werden könne, daß der Zugang zu einem Separationsabfindungsstücke Zubehör desselben ist und ohne Expropriation nicht verloren gehen kann.

---

## XIV.

# Die Rechtskraft und deren Wirkungen nach heutigem Rechte.

Von Herrn Kreisrichter G. Pfizer in Ulm.

---

Vorbemerkung. Die Frage nach der Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles ist, soviel auch schon darüber geschrieben worden, noch heute nach verschiedenen Seiten Gegenstand lebhafter Kontroversen. Aufgabe der werdenden deutschen Gesetzgebung wird es sein, die streitigen Fragen zu entscheiden, soweit dies überhaupt im Wege der Gesetzgebung möglich ist. Der folgende Aufsatz versucht einen Beitrag zur richtigen Lösung der wichtigsten der einschlagenden Streitfragen zu liefern.

Das künftige bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland wird manchen in den verschiedenen deutschen Gebieten geltenden Rechtssatz aufheben —, noch öfter mit den gesetzliche Geltung beanspruchenden, oft auch genießenden, aus fremdem Recht abgeleiteten wahren und falschen Theorien brechen müssen; demungeachtet wird es sich aber doch in der Hauptsache an das bestehende Recht anzulehnen haben, zumal wenn dieses, wie das römische, auf den Namen eines universellen Rechtes Anspruch machen kann. Wenn daher die Frage aufgeworfen wird, welche Grundsätze hinsichtlich der Wirkungen des rechtskräftigen Urtheiles das zu schaffende deutsche Gesetzbuch zur Anerkennung bringen solle, so wird sich die Antwort nicht geben lassen ohne eingehende Rücksicht auf das bestehende, insbesondere auf das richtig verstandene römische Recht; diese Rücksichtnahme ist um so unvermeidlicher, als seither die wissenschaftliche Bearbeitung der Fundamentallehren des Rechtes, welchen die Lehre vom Urtheile unstreitig beizuzählen ist, ausschließlich den Romanisten überlassen worden ist und einen Theil des „allgemei-

nen Theiles des Pandektenrechtes „gebildet hat. Die nothwendige Folge hiervon war eine Entfremdung zwischen Wissenschaft und Leben, eine Verknöcherung der ersteren in dogmatischen Schulsätzen, deren Vernunftwidrigkeit es zuweilen mit den Produkten neurömischer Unfehlbarkeit aufnehmen kann*). — Soviel auch durch und seit Savigny für das Verständniß des römischen Rechtes geschehen ist: für das deutsche Volk ist und bleibt dasselbe ein fremdes Recht; die Schätze, die es birgt und welche uns deutsche Wissenschaft erschlossen hat, zu verachten und wegzuwerfen, kann keinem Vernünftigen einfallen; aber wie die Kunst, so muß auch das Recht bei jedem selbständigen Volke seine eigenen Formen annehmen, und das Gold des römischen Rechtes erhält seinen vollen Werth für uns erst dann, wenn es in die Formen nationaler Sprache geprägt sein wird. Die Lehre von der exceptio rei judicatae wird dem deutschen Volke ewig unverständlich bleiben, und wenig ist gewonnen, wenn man die lateinischen Worte fein gewissenhaft überträgt in „die Einrede der abgeurtheilten Sache." Ich habe versucht die Lehre von den Wirkungen des Urtheiles in durchaus deutschem Gewande darzustellen.

## I. Förmliches Recht und materielle Wahrheit.

### §. 1.

### Die Bestandtheile des Urtheiles.

Wenn die hannöverische Prozeßordnung und nach ihrem Vorgang andere neuere Prozeßgesetze, sowie der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung eine Gliederung des Urtheiles in Thatbestand, Entscheidungsgründe und Entscheidung vorschreiben, so ist damit zunächst eine rein formelle Vorschrift gegeben, dem Wesen nach unterscheidet sich ein nach dieser Vorschrift abgefaßtes Urtheil nicht von dem Urtheile, wie es früher redigirt zu werden pflegte, sei es zweigliederig (Urtheilsformel mit abgesonderten Gründen) oder eingliederig (das durch „Erwägungen" motivirte Urtheil des französischen Verfahrens); denn der Sache nach besteht jedes richterliche Urtheil, wie überhaupt jedes (wissenschaftliche, künstlerische rc.) Urtheil aus drei Gliedern: zwei Prämissen und einer daraus gezogenen Folgerung. Beim richterlichen Urtheile insbesondere bilden diese drei natürlichen Glieder 1) das von den Parteien dem Richter vorgetragene Faktum „der Fall", 2) das vom

---

*) Das Recht hörte auf das zu sein, was es sein soll: ein „gemeines Gut", das „in uns quillt wie Herzensblut". (Uhland.)

Staate aufgestellte oder anerkannte Recht, 3) die vom Richter gegebene, aus Faktum und Recht gefolgerte Entscheidung. In Wirklichkeit entsprechen nun allerdings Thatbestand, Entscheidungsgründe und Urtheilsformel unserer Prozeßgesetze keineswegs immer diesen drei natürlichen Gliedern, vielmehr finden wir vielfach einen Theil des Faktums in den Entscheidungsgründen, und zwar muß dies überall da der Fall sein, wo der Richter nicht nur die Rechtsfrage, sondern auch Thatfragen zu entscheiden hat; nach dem ursprünglichen Entwurfe der deutschen Civilprozeßordnung von 1871 würde die gesetzlich vorgeschriebene Gliederung des Urtheiles des Revisions- und Oberrevisionsrichters mit der rein logischen Gliederung zusammenfallen; nach dem revidirten Entwurfe ist dies nur noch beim Oberrevisions-Urtheile der Fall.*)

Ob und in welchem Umfange ein Theil des Faktums seine Stelle in den „Entscheidungsgründen" zu finden habe, hängt von der prozeßrechtlichen Frage ab, ob und in welchem Umfange die Berufung (im Gegensatze zur Revision oder Richtigkeitsklage) zugelassen wird. Im Folgenden werden wir uns nur mit den materiell-rechtlichen Wirkungen des Urtheiles beschäftigen, und darum die Bezeichnung „Thatbestand" für das Faktum im weitesten Umfange, und die Bezeichnung „Entscheidungsgründe" für die vom Richter seiner Entscheidung zu Grunde gelegten rechtlichen Ansichten und Erwägungen gebrauchen; es wird sich dabei ergeben, daß die Trennung von Thatbestand und Entscheidungs-

---

*) Der Entwurf sagt: „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist"; dadurch ist die vorhergehende Bestimmung, wonach die Revision nur statthaft sein soll, wenn eine Verletzung des Gesetzes behauptet wird, wesentlich modificirt, um nicht zu sagen aufgehoben; denn der Begriff der Rechtsnorm ist ein viel weiterer, als der des Gesetzes; eine Rechtsnorm kann verletzt — und dennoch kann es unmöglich sein, ein Gesetz zu bezeichnen, welches verletzt sei; unter den Begriff der Rechtsnorm fällt nicht nur das Gewohnheitsrecht (auf dessen Verletzung die Revision selten wird gestützt werden), sondern es fallen darunter namentlich auch die Rechtsbegriffe, welche den geschriebenen Gesetzen zu Grunde liegen, selbst aber nicht in Gesetzesartikel formulirt worden sind, weil der Gesetzgeber mit gutem Grund die Aufstellung einer Legaldefinition vermieden hat. — In dem ersten der beiden unter §. 7. mitgetheilten Rechtsfälle hatte der Kläger eine Verletzung des Gesetzes darin gefunden, daß der Richter einen Vertrag irriger Weise als Kauf angesehen und ein für Käufe dieser Art bestehendes Gesetz zur Anwendung gebracht habe; dieses Urtheil würde der Revision des Reichsprozeßentwurfes unterliegen, nicht aber einem Rechtsmittel, welches nur auf Verletzung des Gesetzes gestützt werden darf; denn ob in concreto das Gesetz falsch, d. h. irrthümlich auf einen nicht darunter gehörigen Fall angewendet war, konnte erst entschieden werden, wenn zuvor festgestellt war, ob das fragliche Geschäft ein Kauf war; nahm der Richter dies mit Unrecht an, so hat er zwar in jure geirrt, aber kein Gesetz verletzt. — Die einmalige Zulassung eines Rechtsmittels gegen irrige Subsumtion von Thatsachen unter das Gesetz erscheint unbedenklich, ja nothwendig; das Rechtsmittel zweiter Instanz aber dürfte streng auf Verletzung des Gesetzes zu beschränken sein.

gründen, obwohl an sich nur auf einer Formvorschrift beruhend, für die Erkenntniß des Wesens der Rechtskraft sehr förderlich ist.

Unter der Bezeichnung „Rechtskraft“ werden allgemein zwei Begriffe zusammengefaßt, welche zwar in mannigfacher Wechselwirkung stehen, deren Inhalt aber ein wesentlich verschiedener ist; diese Zusammenfassung ungleichartiger Begriffe unter einen Kunstausdruck kann nicht verfehlen, Verwirrung hervorzurufen; und so finden wir denn auch, obgleich die Doktrin zwischen formeller und materieller Rechtskraft unterscheidet, doch die wichtigen Konsequenzen aus dieser Unterscheidung nirgends, weder von der Gesetzgebung, noch von der Wissenschaft, noch von der Praxis gezogen. — Formelle Rechtskraft wird von der Doktrin dem Urtheile zugeschrieben, sofern es durch kein Rechtsmittel angefochten werden kann; sie ist also zunächst nur ein Begriff des Prozeßrechtes; die materielle Rechtskraft charakterisirt Savigny (System Bd. VI. §. 280.) als „Fiktion der Wahrheit des Urtheiles“; sie erscheint also ausschließlich als ein Begriff des materiellen Rechtes; die Verschiedenheit beider Begriffe wird aber auch sofort dadurch augenscheinlich, daß die Frage gestellt wird: „Welcher Theil des Urtheiles wird rechtskräftig? der Thatbestand? oder die Entscheidungsgründe? oder die Entscheidung allein?“ — Gegen diese Fragestellung wird vielleicht eingewendet werden: eine solche Trennung der Bestandtheile des Urtheiles sei unstatthaft, weil das Urtheil ein untheilbares Ganzes bilde, aus der Rechtskraft des Ganzen auch die Rechtskraft jedes einzelnen Theiles folge. Dieser Einwand wird sich zwar unten als nicht stichhaltig erweisen, sofern aus der formellen Rechtskraft des Ganzen nicht die materielle Rechtskraft des Theiles folgt, und umgekehrt (vgl. unten §. 5.), zunächst aber wollen wir ihm nur durch eine andere, noch weniger zu beanstandende Fassung der Frage begegnen. — Wenn ein Mensch an Lungenschwindsucht gestorben ist, so ist allerdings der ganze Mensch, nicht bloß die Lunge, sondern auch alle gesunden Glieder desselben todt: allein darum ist der Ausspruch des Arztes nicht weniger wahr: „die tödliche Krankheit hat ihren Sitz nicht im Kopfe, sondern ausschließlich in der Lunge gehabt“. So können wir auch beim Urtheile fragen: „In welchem Theile des Urtheiles hat die Rechtskraft ihren Sitz?“ Aus der Antwort auf diese Frage wird sich auch die Antwort auf die weitere vielbestrittene Frage nach der „Rechtskraft der Entscheidungsgründe“ und auf die Frage nach der Wirkung des Urtheiles auf Dritte ergeben.

Die Antwort auf die gestellte Frage muß verschieden ausfallen, je nachdem man unter Rechtskraft die formelle oder die materielle Rechtskraft versteht; ein Beispiel wird dies am einfachsten zeigen.

A. hat gegen N. die Darlehnsklage erhoben, er hat den bestrittenen Klagegrund bewiesen, Einreden sind nicht vorgeschützt; hier wird das vollständig abgefaßte Urtheil lauten:

1) Thatbestand: A. hat dem N. 1000 Thaler gegeben gegen die Zusage der Zurückerstattung einer gleich großen Summe.
2) Entscheidungsgründe: Hingabe einer Geldsumme gegen die Zusage, ebensoviel derselben Art zurückzugeben, ist ein (den Empfänger zur Rückzahlung verpflichtendes) Darlehn.
3) Urtheil: N. ist schuldig, dem A. 1000 Thaler zu bezahlen.

Hat N. den Empfang des Darlehns zugestanden, aber behauptet und bewiesen, daß er es baar zurückbezahlt habe, so lautet das Urtheil:

1) Thatbestand: N. ist dem A. aus einem Darlehn 1000 Thaler schuldig geworden; N. hat dem A. in der Folge in Erfüllung seines Versprechens ebensoviel zurückzugeben, 1000 Thlr. bezahlt.
2) Entscheidungsgründe: Durch Zahlung wird eine Schuld getilgt.
3) Urtheil: A. wird mit seiner Klage abgewiesen.

Das blödeste Auge erkennt hier: die materielle Rechtskraft hat ihren Sitz im Thatbestande, die formelle in der Entscheidung. Die Entscheidung enthält einen Befehl, im ersten Fall an N.: zu zahlen, im zweiten an A.: den N. in Frieden zu lassen; ein Befehl aber ist niemals wahr oder unwahr, wohl aber kann er — und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er materiell gerecht oder ungerecht ist — unanfechtbar und, wenn es sich um einen Befehl positiven Inhaltes handelt, vollstreckbar sein; auch der formellen Rechtskraft unfähig ist nur derjenige Befehl, welcher etwas Unmögliches oder Sinnloses verlangt. — Daß die Entscheidungsgründe nicht rechtskräftig werden können, ist einleuchtend; sofern wir sie als die subjektiven Bestimmungsgründe für den Richter auffassen, so und nicht anders zu entscheiden, ist nur die Frage möglich: sind diese Erwägungen richtig oder unrichtig? von einer „wahren Erwägung" spricht Niemand, welcher sich eines genauen Ausdruckes befleißigt; fassen wir aber die Entscheidungsgründe als die objektive, gesetzliche Grundlage des Urtheiles auf, so kann wiederum von Wahrheit oder Unwahrheit der Gründe nicht die Rede sein; ein Rechtssatz, ein Gesetz gilt, existirt entweder oder gilt, existirt es nicht. Eine Fiktion der Wahrheit ist nur in Be-

zug auf Thatsachen möglich, ein Rechtssatz kann so wenig als ein mathematisches Gesetz (z. B. als der Satz: 2 × 2 ist 4) als unwahr — und darum auch ein nicht existirender Rechtssatz nicht als wahr fingirt werden. Von einer materiellen Rechtskraft des Urtheiles kann also nur insofern die Rede sein, als die dem Urtheile zu Grunde liegenden Thatsachen wahr sind, auf das Urtheil als Ganzes findet die Bezeichnung „wahr“ oder „unwahr“ wiederum keine Anwendung, denn eine Schlußfolgerung wird, wer sich präcis ausdrückt, richtig oder unrichtig, nicht aber wahr oder unwahr nennen; die Bezeichnungen „richtig“ und „unrichtig“ aber verwandeln sich bei der richterlichen Schlußfolgerung, beim gerichtlichen Urtheile in die Bezeichnungen „gerecht“ und „ungerecht.“

Aber auch das ungerechte Urtheil kann rechtskräftig werden, ist der Rechtskraft fähig: dies ist die in unzähligen Stellen ausgesprochene Lehre des römischen Rechtes, diese Lehre ist in ganz Deutschland anerkannt, auch da, wo das römische Recht seine formelle Geltung verloren hat, und es ist geradezu undenkbar, daß eine künftige deutsche Gesetzgebung jemals diesen Satz aufheben wird, denn es hieße dies, wie Savigny (System §. 280.) mit Recht sagt: die Rechtssicherheit vernichten. — Ein Gesetzbuch wird über die Rechtskraft des ungerechten Urtheiles nicht leicht Bestimmungen enthalten; in manchen neueren Prozeßordnungen finden sich zwar Bestimmungen über den Umfang der Rechtskraft, so in dem württembergischen Gesetz und in dem deutschen Entwurfe; eines ungerechten Urtheiles thun sie aber keine besondere Erwähnung, und beide „überlassen (nach den Motiven) die weitere Entwickelung der in ihnen aufgestellten Grundsätze der Rechtswissenschaft und der Rechtsanwendung.“ Im Folgenden soll der Versuch gemacht werden 1) das Wesen der Rechtskraft insbesondere des ungerechten Urtheiles und 2) die Wirkungen festzustellen, welche diese Rechtskraft sowohl unter den Prozeßparteien als gegen Dritte äußert, bezw. im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit äußern muß; in letzterer Beziehung wird es sich, wenigstens der herrschenden Doktrin gegenüber, zum Theil de lege ferenda handeln.

## §. 2.

## Wesen und Arten des ungerechten Urtheiles.

Wie es im Allgemeinen die Aufgabe des Richters ist, nicht Recht (im objektiven Sinne) zu schaffen, sondern das bestehende Recht zur Anwendung zu bringen, so ist es die Aufgabe des einzelnen Urtheiles,

nicht neue Rechte (im subjektiven Sinne) zu schaffen oder bestehende Rechte aufzuheben, sondern verletzte Rechte wiederherzustellen Diesem idealen Zwecke, wonach der im Urtheile enthaltene Befehl sich nur als eine Folgerung aus demjenigen darstellt, was **seither** Rechtens war, steht als realer Erfolg jedes Urtheiles gegenüber der Ausspruch: was von **jetzt an, in Zukunft** Rechtens sein solle. Beim gerechten Urtheile harmoniren Zweck und Erfolg, das Wesen des ungerechten Urtheiles liegt in der Diskrepanz beider: durch das ungerechte Urtheil wird zu Recht erhoben, was zuvor Unrecht war: res judicata jus facit, das Urtheil schafft Recht: dieser Satz gilt in Wahrheit nur vom ungerechten Urtheile, auf das gerechte findet er höchstens insofern Anwendung, als das durch das Urtheil zur Anerkennung gebrachte, schon zuvor bestandene Recht einzelne Modifikationen zu Gunsten des Inhabers erfährt, (vgl. Windscheid, Pandekten §. 129. Ziffr. 1.)

Jede Art von ungerechtem Urtheile hat diesen Erfolg; allein der Grund des Erfolges ist ein verschiedener bei den verschiedenen Arten des ungerechten Urtheiles; ungerecht aber kann ein Urtheil in der Hauptsache in dreifacher Richtung sein:

I. Der Richter erklärt eine streitige erhebliche Thatsache — sei es eine sichtbare oder unsichtbare, eine Thatsache negativen oder positiven Inhaltes — für wahr, während sie es nicht ist, oder umgekehrt; auf den so festgestellten Thatbestand wendet er zwar das Gesetz richtig an, aber aus der Unrichtigkeit der einen Prämisse ergiebt sich die (materielle) Unrichtigkeit des Urtheiles.

II. Er stellt die Thatsachen richtig fest, irrt aber in Anwendung des Gesetzes und gelangt in Folge dieses Irrthumes zu einer falschen Entscheidung.

III. Er stellt die Thatsachen richtig fest, giebt auch in seinen Gründen richtige Rechtsausführungen, spricht aber dennoch eine verkehrte Entscheidung aus: wie auch diese Art von ungerechtem Urtheile von praktischer Bedeutung ist, wird sich unten (§§. 3. a. E. u. 16) ergeben.

Der Unterschied zwischen diesen drei Arten von ungerechtem Urtheile ist augenfällig: aus dem Urtheile selbst ist die Ungerechtigkeit im dritten Falle für **Jedermann**, im zweiten für den **Rechtskundigen**, im ersten für **Niemand** erkennbar. Das Urtheil, welches die Merkmale der Ungerechtigkeit in sich selbst trägt, indem es gegen die feststehenden Gesetze des Denkens (Fall III.) oder des positiven Rechtes (Fall II.) verstößt, nennen wir — im ersten Falle formell,

im zweiten materiell — nichtig (sententia nulla), das Urtheil, welches auf einem Irrthume des Richters über Thatsachen beruht (Fall I.), ist einfach unrichtig, materiell ungerecht (sententia iniqua). — Und weiter ist klar: von einer Fiktion der Wahrheit kann nur bei dem einfach materiell ungerechten, nicht aber bei dem nichtigen Urtheile die Rede sein; das erstere ist rechtskräftig und unanfechtbar, weil der Thatbestand feststeht, wahr ist oder als wahr angenommen werden muß; das zweite schafft Recht, nicht weil — sondern obgleich der konkrete Thatbestand feststeht, aus welchem sich für den Rechtskundigen ergiebt, was seither Rechtens war und noch jetzt Rechtens sein sollte; was man mit handgreiflicher contradictio in adjecto die materielle Rechtskraft des materiell nichtigen Urtheiles zu nennen pflegt, ist die Folge der formellen Rechtskraft, der Unanfechtbarkeit, während beim gerechten Urtheile und bei der sententia iniqua die Vollstreckbarkeit und (materielle) Unanfechtbarkeit eine Folge der materiellen Rechtskraft, der Rechtskraft des Thatbestandes ist; m. a. W.: wenn sowohl gegen das nichtige als gegen das bloß materiell ungerechte Urtheil ein Rechtsmittel zugelassen würde je mit der Beschränkung: die Feststellungen des Thatbestandes dürfen nicht angefochten werden, so müßte das erstere Urtheil abgeändert, das letztere bestätigt werden; denn nur bei jenem, nicht auch bei diesem Urtheile könnte der Richter zweiter Instanz die Ueberzeugung gewinnen, daß das Urtheil erster Instanz, anstatt das verletzte Recht wiederherzustellen, die Rechtsverletzung sanktionirt habe; wenn wir mit Möser (vgl. Savigny System Bd. 6. S. 261.) zwischen förmlichem Rechte und wirklichem Rechte unterscheiden wollen, so können wir sagen: beim nichtigen Urtheile muß der rechtskundige Richter erkennen, daß das förmliche Recht ein anderes ist als das wirkliche Recht, denn hier hat er an dem Gesetze einen untrüglichen Prüfstein für die Richtigkeit der Entscheidungsgründe und des darauf gebauten Urtheiles; untrüglich, sofern vollständige Kenntniß des positiven Rechtes keineswegs ein Ding der Unmöglichkeit ist; beim bloß materiell ungerechten Urtheile wird auch der scharfsinnigste Richter häufig nicht in der Lage sein zu sagen, ob hier das förmliche Recht mit dem wirklichen Rechte übereinstimme oder nicht; denn die objektive Grundlage des Urtheiles, der Thatbestand, beruht auf der subjektiven Würdigung der dem Richter vorgeführten Thatsachen und Beweismittel, und ob dem Richter zweiter Instanz reinere Erkenntnißquellen für das Thatsächliche des Falles erschlossen werden, als dem Richter erster Instanz, hängt wesentlich

vom Zufalle ab; ein aus gewiegten Juristen zusammengesetztes Kollegium wird viel weniger als ein junger Einzelrichter durch falsche aber blendende Rechtsausführungen eines Anwaltes zu einem falschen Urtheile sich verleiten lassen; durch die in glaubhafter Form gemachte Aussage eines meineidigen Zeugen kann das eine Gericht so gut wie das andere getäuscht werden.

### §. 3.

### Fiktion der Wahrheit und rückwirkende Kraft des Urtheiles.

Wie die Rechtskraft des gerechten Urtheiles auf der Wahrheit des Thatbestandes, d. h. der im Thatbestande als von jeher bestehend gesetzten Thatsachen beruht, so beruht die Rechtskraft des materiell ungerechten Urtheiles auf der Fiktion der Wahrheit eben dieses Thatbestandes, eben dieser Thatsachen. Die Rechtskraft (um den hergebrachten Ausdruck beizubehalten) des nichtigen Urtheiles beruht nicht auf der Fiktion der Wahrheit der als zuvor bestehend gesetzten Thatsachen, sie bewirkt vielmehr nur, indem sie Recht schafft, die Existenz neuer (juristischer) Thatsachen, sofern der nicht als Folgerung aus den Prämissen, Faktum und Recht, ausgesprochene, sondern selbständig aufgestellte Satz: „A. ist Eigenthümer der Sache X., allerdings eine Thatsache ausspricht. — Der Recht schaffende Ausspruch des nichtigen Urtheiles braucht übrigens nicht gerade in der Urtheilsformel, im Tenor des Urtheiles enthalten zu sein; denn auch das klagabweisende Urtheil kann förmliches Recht schaffen, und man würde, wie die Motive zum Entwurfe der deutschen Civilprozeßordnung mit Recht bemerken, „einem übertriebenen Formalismus huldigen müssen, sollte die Rechtskraft von der Aufnahme der Entscheidung in die Urtheilsformel unbedingt abhängig gemacht werden."

Das nichtige Urtheil schafft Recht für die Zukunft, es begründet insbesondere auf dem Gebiete der dinglichen Rechte eine wahre Singularsuccession; damit ist von selbst ausgesprochen, daß ihm eine Einwirkung auf die Vergangenheit, eine rückwirkende Kraft nicht zukommt. Das rechtsgültige Urtheil stellt ein bisher bestandenes verletztes Recht wieder her, diese Wiederherstellung wäre aber keine vollständige, wenn nicht auch alle Folgen des rechtswidrigen Zustandes aufgehoben würden; werden z. B. Thatsachen rechtskräftig festgestellt, aus welchen sich ergiebt, daß der von A. mit der Eigenthumsklage belangte N. niemals Eigenthümer der vindicirten Sache war, so folgt aus dieser Feststellung von selbst die Hinfälligkeit aller derjenigen

von N. über die Sache getroffenen Verfügungen, welche rechtsgültig nur vom Eigenthümer getroffen werden können. Insofern kommt dem rechtsgültigen Urtheile rückwirkende Kraft zu, und zwar kann es nicht befremden, ist vielmehr geradezu ein Erforderniß der Rechtssicherheit, wenn dem rechtsgültigen (im Gegensatz zum nichtigen) Urtheile diese Wirkung zugeschrieben wird ohne Rücksicht darauf, ob es materiell gerecht ist oder nicht; es ist dies nothwendig, weil es, wie oben bemerkt wurde, an einem objektiven Kriterium für die Wahrheit einer Thatsache fehlt, überdies aber ist diese „Fiktion der Wahrheit" viel weniger gefährlich, als man nach dem Ausdrucke vermuthen sollte, sofern es sich ja nicht um eine bewußte Fiktion handelt: der Richter stellt nicht eine Thatsache, von deren Existenz er nicht —, oder von deren Nichtexistenz er überzeugt ist, als existirend hin, sonder sein Ausspruch: „diese Thatsache ist wahr" beruht auf seiner Ueberzeugung von der Wahrheit, und bei einer halbwegs ordentlichen Rechtspflege, zumal bei durchgeführter Unmittelbarkeit des Verfahrens, wird die durch diese Ueberzeugung geschaffene formelle Wahrheit mit der materiellen Wahrheit in den allermeisten Fällen zusammentreffen; kommt dennoch einmal eine Ausnahme vor, so ist dies ein Opfer, welches die menschliche Unvollkommenheit der allgemeinen Rechtssicherheit bringt; auch ist wohl zu beachten, daß in den schwersten Fällen des Widerspruches zwischen „förmlichem und wirklichem Rechte", wenn z. B. die thatsächlichen Feststellungen auf Grund meineidiger Zeugenaussagen, gefälschter Urkunden u. dergl. erfolgt sind, in der Wiederaufnahmeklage immer noch ein Mittel zur Abhülfe gegeben ist.

Eine Fiktion der Wahrheit, bezw. Unwahrheit einer Thatsache, bei welcher der Richter sich bewußt ist, daß er bis zu einem gewissen Grade nur eine Fiktion aufstelle, tritt nur in zwei Fällen ein, einmal beim Contumacialurtheile, sodann bei demjenigen Urtheile, welches einen Anspruch wegen nicht erbrachten Beweises, auf Grund einer gesetzlichen Vermuthung materiell und endgültig abweist: wird gegen das Versäumungsurtheil kein Einspruch noch sonstiges Rechtsmittel erhoben, so wird es wie ein anderes Urtheil formell rechtskräftig, vollstreckbar; auf die materielle Rechtskraft desselben wird im folgenden § zurückzukommen sein. Anders verhält es sich an und für sich mit der zweiten Art von Urtheilen; wird ein Anspruch vom Richter als nicht bewiesen abgewiesen, so liegt in Wahrheit kein Endurtheil vor; die Schlußfolgerung: „A. hat diejenigen Thatsachen,

deren Existenz die Bedingung z. B. seines Eigenthumes ist, nicht bewiesen, also ist er nicht Eigenthümer" — diese Schlußfolgerung ist handgreiflich falsch (nichtig im Sinne des Falles III oben), an sich müßte es dem Abgewiesenen freistehen, sobald er weitere Beweismittel auffindet, von Neuem den Richter anzurufen. Allein dasselbe Bedürfniß, welches in neuerer Zeit im Strafverfahren fast überall zur Abschaffung der von der Instanz entbindenden Urtheile geführt hat, machte sich von jeher auch im Civilverfahren geltend: man hielt es mit Recht für unstatthaft, daß derjenige, welcher sich einmal eines Anspruches erwehrt hat, fortwährend von Neuem unter dem Vorwande neu entdeckter Thatsachen oder Beweismittel beunruhigt werde; im klassischen römischen Rechte war dieser Gefahr durch das Institut der Prozeßkonsumtion sehr, um nicht zu sagen: zu durchgreifend vorgebeugt; die neueren Prozeßordnungen erreichen denselben Zweck durch die Beschränkungen, welchen die prozessualische Restitution gegen Urtheile unterliegt, so namentlich der deutsche Entwurf, welcher insbesondere eine Wiederaufnahmeklage wegen neu entdeckter Zeugen völlig ausschließt. Der Erfolg dieser Beschränkungen der Restitution ist eine Art Fiktion: die Thatsache, welche nicht erwiesen ist, gilt als nicht wahr, und aus dieser fingirten Unwahrheit ergiebt sich dann die Aberkennung des Anspruches, nur freilich wird, wenn es sich um dingliche Rechte handelt, der Anspruch nicht dem Gegner zugesprochen, eine Singular-Succession, wie durch das nichtige Endurtheil, wird durch das non-liquet-Urtheil nicht begründet (vgl. unten §. 16).

## §. 4.

## Die Rechtskraft des Thatbestandes; Umfang derselben.

Das Ergebniß der bisherigen Erörterung ist dahin zusammenzufassen: Förmliches Recht wird durch die im Urtheile ausgesprochene Entscheidung geschaffen; aber nur beim nichtigen Urtheile steht dieses förmliche Recht mit Nothwendigkeit im Widerspruche mit dem wirklichen Rechte; die materielle Rechtskraft dagegen hat ihren Sitz im Thatbestande, rechtskräftig werden die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes, und zwar in jedem, auch in dem nichtigen Urtheile, nur daß bei letzterem die rechtskräftigen Feststellungen ohne Einfluß auf die Entscheidung bleiben, diese vielmehr mit jenen im Widerspruche steht. — Wir sagen: rechtskräftig werden die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes, und nicht: rechtskräftig wird der Thatbestand; beides ist wesentlich verschieden; die Bedeutung der Rechtskraft liegt

hauptsächlich in dem Einflusse, welchen sie auf spätere Prozesse, sei es derselben oder anderer Parteien hat, und hier wäre es viel zu weit gegangen, wollte man dem ganzen Thatbestande die Eigenschaft der Rechtskraft zuschreiben, denn es ist vollkommen richtig, wenn die Motive zum Entwurfe der deutschen Civilprozeßordnung sagen, daß „der „Umfang der Rechtskraft eines Urtheiles abhängig ist von dem Willen „der Parteien, denen die Verfügungsgewalt über den Streitgegenstand „zusteht und die allein darüber zu bestimmen haben, ob und inwieweit „ein Rechtsverhältniß in den Streit geführt werden soll, um durch „richterliches Urtheil festgestellt zu werden.“ Auf die Konsequenzen, welche die Motive und der Entwurf aus diesem Satze ziehen, wird unten (§§. 7, 8) zurückzukommen sein; der Satz selbst ist, wie gesagt, durchaus richtig, und nur eine andere Fassung der alten Maximen: ne procedat judex ex officio und ne eat ultra petita partium. — Nicht rechtskräftig in dem Sinne, daß die Rechtskraft auch auf spätere Rechtsstreitigkeiten einwirkt, werden daher diejenigen Feststellungen des Thatbestandes, welche nicht den Ausdruck der richterlichen Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache enthalten, sondern entweder auf gesetzlicher Bestimmung, wie die Feststellungen des Kontumacialurtheiles, oder auf dem Parteiwillen beruhen, wie Geständnisse, Folgen einer Eidesleistung oder Eidesverweigerung und dgl. — Damit aber, daß diesen Feststellungen die Fähigkeit der Rechtskraft abgesprochen wird, ist nicht schlechthin ihre Bedeutung für künftige Prozesse verneint; es ist damit nur gesagt: auf solche Feststellungen kann nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gestützt werden, vielmehr ist deren materielle Richtigkeit in jedem folgenden Prozesse Gegenstand richterlicher Prüfung: das Resultat dieser Prüfung wird, zumal beim System der freien Beweiswürdigung, allerdings häufig dasselbe sein, wie die Wirkung der Rechtskraft; wenn z. B. im Wechselprozesse der beklagte Acceptant ausgeblieben und darum die Aechtheit seines Acceptes angenommen worden ist, so wird, wenn in einem spätern Prozesse der Wechselbürge des Acceptanten seine Verbindlichkeit aus dem Grunde bestreitet, weil die Unterschrift des Acceptanten gefälscht sei, der Richter auf Grund der Erwägung, daß der Acceptant selbst nicht verfehlt haben würde diese Fälschung geltend zu machen, nicht vom Kläger den Beweis der Aechtheit, sondern vom Verklagten den Beweis der Fälschung verlangen; dürfte sich der Kläger auf die Rechtskraft des gegen den Ac-

ceptanten ergangenen Urtheiles berufen, so könnte der Beklagte zum Beweise der Fälschung gar nicht, bzw. nur dann zugelassen werden, wenn die Voraussetzungen für die Wiederaufnahmeklage zutreffen.

Wenn wir für die beiden aus dem Wesen des Urtheiles und seiner Bestandtheile abgeleiteten, einander ergänzenden Sätze (I. Die Entscheidung des Urtheiles schafft förmliches Recht für die Zukunft; II. rechtskräftig mit Wirkung auch auf die Vergangenheit werden die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes) unbeschränkte Gültigkeit behaupten, ihnen also Wirksamkeit nicht bloß zwischen den Prozeßparteien, sondern auch auf Dritte zuschreiben, so setzen wir uns damit in Widerspruch mit der herrschenden Lehre, welche den Satz des römischen Rechtes: „res judicata jus facit inter partes" dahin verstanden wissen will: die Wirkungen des Urtheiles beschränken sich auf die Parteien, zwischen welchen dasselbe ergangen ist, und welche von diesem Satze nur einzelne, wie Savigny (System §. 301) sagt: „theils natürliche, theils positive Ausnahmen" zugesteht.

Wenn nun auch die herrschende, insbesondere von Savigny vertretene Lehre wirklich die Lehre des römischen Rechtes sein sollte, so wäre dies für die deutsche Gesetzgebung noch kein zwingender Grund, dieselbe anzunehmen; denn so sehr auch das römische Recht im Allgemeinen ein jus gentium, ein kodificirtes Vernunftrecht und als solches in seiner Gültigkeit von Zeit und Nationalität unabhängig ist, so verläugnet es dennoch auch auf der höchsten Stufe seiner Entwickelung die historische Entstehung und nationale Besonderheiten nicht überall; dies gilt auch bis zu einem gewissen Grade von der Lehre von der Rechtskraft. „Die Bedeutung der Einrede der abgeurtheilten Sache" sagt treffend Windscheid, (Pandekten §. 130), „war ursprünglich nicht, daß „durch sie der Inhalt, sondern daß das Dasein eines früheren Ur„theiles geltend gemacht werden sollte; die Regel lautete nicht, daß nicht „mehr vorgebracht werden könne, wogegen entschieden sei, sondern, „daß nicht mehr vorgebracht werden könne, worüber entschieden sei." Spuren dieser früheren Gestaltung finden sich noch im Justinianischen Rechte, es wäre daher keineswegs undenkbar, daß das römische Recht den mehr formellen Standpunkt nie ganz überwunden und dasjenige, was wir die absolute Rechtskraft der richterlichen Feststellungen des Thatbestandes nennen, nicht anerkannt hätte; wie gesagt: die deutsche Gesetzgebung wäre nicht gehindert, trotzdem diese absolute Rechtskraft anzuerkennen; sie wird sich hierzu aber um so leichter entschließen

können, wenn sich diese Anerkennung schon für das römische Recht nachweisen läßt.

## II. Die sog. Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

### §. 5.

### Savigny's „objektive Entscheidungsgründe".

Die Frage nach dem Umfange der Rechtskraft begreift die beiden Fragen in sich: 1) was wird durch das Urtheil zwischen den Parteien rechtskräftig? 2) in welchem Umfange wirkt die Rechtskraft auf Dritte, außerhalb des Prozesses stehende Personen? — Nach unserer Ausführung beantworten sich beide Fragen aus denselben Prinzipien; die herrschende Lehre pflegt aber nach dem Vorgange Savigny's beide ganz getrennt zu behandeln, es ist daher auch bei ihrer Würdigung zunächst auf die erste Frage einzugehen, welche gewöhnlich als die Frage nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe bezeichnet wird. — Die Bezeichnung ist, wie auch Windscheid a. a. O. §. 130 n. 19 hervorhebt, keine glückliche: Savigny schreibt die Rechtskraft den „objektiven Entscheidungsgründen", den „Elementen" des Urtheiles zu; auch gegen erstere Bezeichnung läßt sich einwenden, daß Gründe stets etwas subjektives sind; unverfänglicher wäre der Ausdruck „Elemente des Urtheiles"; man ist versucht hier an den Thatbestand des Urtheiles im modernen Sinne zu denken; allein wir werden alsbald sehen, daß das Wort von Savigny nicht in diesem Sinne gebraucht wird.

Als Beispiele objektiver, der Rechtskraft fähiger Entscheidungsgründe führt Savigny (§. 291) an die Feststellung, daß die Einrede der Kompensation, der Zahlung, des eigenen Eigenthumes des Beklagten begründet sei. — Wenn der Richter die Darlehnsklage abweist, indem er in den Entscheidungsgründen die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Zahlung oder der Kompensation für begründet erklärt, so spricht die Entscheidung aus, daß der Beklagte nicht mehr Schuldner des Klägers sei, und wenn diese Entscheidung nicht mehr durch ein Rechtsmittel angefochten werden kann, so hört mit dem Eintritte der formellen Rechtskraft der Beklagte auf Schuldner zu sein, mag die Entscheidung nichtig oder materiell ungerecht sein;*) und wenn

*) Von Rechtswegen sollte wenigstens über diesen Satz nach den Ausführungen Wächter's (Erörterungen, III. S. 135 ff.) und Anderer kein Streit mehr obwalten; auf die entgegenstehende Lehre findet das in der Einleitung über das Verhältniß zwischen Wissenschaft und Leben Bemerkte Anwendung.

der Richter die Eigenthumsklage abweist, indem er in den Entscheidungsgründen ausspricht, nicht der Kläger, sondern der Beklagte sei Eigenthümer, so geht durch das ungerechte Urtheil im Moment, wo es formelle Rechtskraft erlangt, das Eigenthum des Klägers auf den Beklagten über; in beiden Fällen heißt es: judex jus fecit. Wie aber sieht es mit der Fiktion der Wahrheit aus, in welcher nach Savigny das Wesen der materiellen Rechtskraft beruht? Nehmen wir ein Beispiel!

A. vindicirt von N. eine bewegliche Sache; N. bestreitet nicht, daß A. vor Jahren Eigenthümer derselben war, er behauptet aber, dieselbe vor mehr als 3 Jahren von T. in gutem Glauben käuflich erworben zu haben. Die Beweisaufnahme ergiebt, daß N. die Sache am 1. Januar 1870 von T. erkauft hat; die Klage des A. ist dem N. am 31. Dezember 1872 zugestellt worden; der Richter weist die Klage des A. ab, weil aus den festgestellten Thatsachen sich ergebe, daß N. durch Ersitzung Eigenthümer geworden sei, denn die Ersitzung sei vollendet mit dem Beginne des letzten Tages der Verjährungsfrist. Wenn nun aber dieser — bekanntlich sehr kontroverse — Satz falsch ist: was ist alsdann rechtskräftig geworden? Doch sicher nicht der Satz, daß zur Ersitzung ein titulirter Besitz von 2 Jahren und 364 Tagen gehöre! Rechtskräftig festgestellt ist nichts weiter, als daß N. die Sache bis zum Beginne der Rechtshängigkeit 2 Jahre und 364 Tage im Usukapionsbesitze gehabt hat; aus dieser Thatsache aber folgt juristisch — nichts, und darum ist und bleibt das Urtheil nichtig; wenn das Urtheil prozessualisch unanfechtbar geworden ist, so ist damit N. Eigenthümer geworden, aber er ist Eigenthümer geworden nicht durch Ersitzung, sondern durch Urtheil, und er ist Eigenthümer geworden, auch wenn er selbst von der Falschheit jenes Rechtssatzes überzeugt war, also vom Augenblicke der Zustellung der Klage an wußte, daß er durch Ersitzung das Eigenthum nicht mehr erwerben könne. Ganz ebenso verhält es sich, wenn umgekehrt jener Satz wahr ist, der Richter ihn aber für falsch und darum die Ersitzung für unterbrochen erklärte und den N. zur Herausgabe an den Eigenthümer A. verurtheilt: hier wird durch das Urtheil das Eigenthum des N. auf A. zurück übertragen. Die Bedeutung des Unterschiedes zwischen der Savigny'schen Rechtskraft der Elemente und unserer Rechtskraft des Thatbestandes wird sich besonders ergeben bei der Darstellung der Wirkungen des rechtskräftigen Urtheiles auf Dritte (§. 16).

Aehnlich wie mit der Einrede des eigenen Eigenthumes kann es sich auch mit der gegen eine Forderung eingewendeten Einrede der Zahlung verhalten. A. hat z. B. gegen R. die Darlehnsklage erhoben, R. behauptet, den A. dadurch bezahlt zu haben, daß er einen von T. ihm acceptirten Wechsel über den Betrag des Darlehns durch Indossament auf A. übertragen habe; A. räumt dies ein, beweist aber, daß von T. keine Zahlung zu erlangen gewesen sei; der Richter weist die Klage ab, „weil A. durch die Empfangnahme des Wechsels Zahlung erhalten habe.“ Wird dieses Urtheil formell rechtskräftig, so hat durch dasselbe A. seine Forderung verloren; was aber ist materiell rechtskräftig festgestellt? doch wiederum gewiß nicht der Satz, daß die behufs zu erwirkender Zahlung erfolgte Begebung eines Wechsels durch den Schuldner an den Gläubiger Zahlung an letzteren sei? Rechtskräftig festgestellt ist neben der zugestandenen Thatsache der erfolgten Indossirung nur die nicht erfolgte Zahlung Seitens des T.: aus diesen Thatsachen folgt aber die gegebene Entscheidung nicht, darum ist auch dieses Urtheil materiell nichtig.

Wir sehen: Savigny vermengt, indem er von der Rechtskraft der objektiven Entscheidungsgründe handelt, die formelle und die materielle Rechtskraft: seine Elemente des Urtheiles werden allerdings förmliches Recht, aber nicht kraft —, sondern trotz der Wahrheit oder der Fiktion der Wahrheit der vom Richter festgestellten Thatsachen. Auf die Frage: „Wenn in dem vollständigen Gedanken des Richters „das logische Verhältniß von Grund und Folge enthalten ist (und „dieses wird sich meistens darin finden), müssen wir dann auch einem „solchen Grunde die Rechtskraft zuschreiben?“ antwortet Savigny (a. a. O. S. 352) mit ja; und logisch richtig sind allerdings die Entscheidungen des Richters in den obigen Beispielen, aber daraus, daß ein Syllogismus formell in Ordnung ist, folgt doch noch keineswegs die materielle Wahrheit oder Richtigkeit seiner Prämissen.

## §. 6.

## Gesetzliche Bestimmungen über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe.

Ist in der Doktrin der Streit über die Rechtskraft der Gründe noch heute nicht geschlichtet — vgl. Windscheid, Pandekten §. 130 n. 20 —, so zeigt sich in der Praxis eine entsprechende Unsicherheit, welcher auch durch die Bestimmungen der modernen Prozeßgesetze nicht abgeholfen wird. Zwar ist, wie oben hervorgehoben wurde, die Frage

nach der Rechtskraft der Entscheidungsgründe eine Frage des materiellen Rechtes, gehört also an und für sich nicht in ein Prozeßgesetz; nur dann liegt eine — obwohl nicht zwingende — Veranlassung für dieses vor, sich mit derselben zu befassen, wenn es die Zuverlässigkeit gewisser Rechtsmittel von einem bestimmten Streitwerthe abhängig macht, wie — in sehr geringem Umfange — die hannöverische, in größerem die württembergische Prozeßordnung; das Rechtsmittelsystem des deutschen Entwurfes nimmt auf den Streitwerth lediglich keine Rücksicht, der Entwurf hätte darum von der Aufstellung von Bestimmungen über den Umfang der Rechskraft um so mehr absehen dürfen, als die von ihm getroffenen Bestimmungen keineswegs glücklich genannt werden können. — Wir stellen die Bestimmungen der erwähnten Gesetze voran, um hernach an einigen Fällen der Praxis zu zeigen, wie diese sich unter deren Herrschaft gestaltet haben oder hätten gestalten müssen.

Die hannöverische Prozeßordnung spricht sich über den Umfang der Rechtskraft nirgends direkt aus; Rechtsmittel macht sie von einer Beschwerdesumme grundsätzlich nicht abhängig; nur in Sachen, deren nach Geldwerth zu schätzender Streitgegenstand die Summe von 10 Thalern nicht übersteigt, ist die Berufung für gewöhnlich ausgeschlossen (§. 393); hinsichtlich der Berechnung des Werthes wird auf §. 4 verwiesen, welcher bestimmt:

„Wird im Laufe des Rechtsstreites sei es in Folge Bestreitens des „Rechtes, als dessen Ausfluß der klägerische Anspruch sich darstellt, sei „es in Folge der Geltendmachung von Einreden, Repliken u. s. w. ein „Werthbetrag, welcher die über die Zuständigkeit entscheidende Summe „übersteigt, Gegenstand der richterlichen Beurtheilung, so hat das an„gegangene Gericht .. . die Verhandlung vor das höhere Gericht zu „verweisen .... Die gleichen Grundsätze entscheiden rücksichtlich der „Widerklage, insofern der Betrag derselben an und für sich die über „die Zuständigkeit entscheidende Summe übersteigt.“

Ziemlich vage sind die Bestimmungen der württemb. Prozeßordnung:

Art. 655: „Bei der Beurtheilung des Daseins der Berufungs„summe (über 100 fl. bei oberamtsgerichtlichen, über 400 fl. bei kreis„gerichtlichen Urtheilen) kommt es darauf an, inwiefern eine Partei „durch das angefochtene Urtheil beschwert zu sein behauptet.“

Art. 657: ... „Ist eine Gegenforderung nur als Einrede geltend „gemacht, so entscheidet der Art. 383 darüber, ob jene voll oder nur

„in dem den klägerischen Ansprüchen gleichkommenden Betrage in „Rechnung genommen werden kann."

Der angeführte Art. 383 aber bestimmt:

„Die Entscheidungsgründe eines Urtheiles sind für sich der Rechts- „kraft nicht fähig; sie dienen aber zur Erläuterung des Sinnes und „Umfanges, in welchem das Urtheil nach der Absicht des Gerichtes ergangen ist."

Und hierzu bemerken die Motive unter Berufung auf Savigny, Wächter u. A.:

„Den Gegensatz der Worte „für sich" bildet der in Absatz 2 her- „vorgehobene Zusammenhang der Gründe mit der Entscheidung, in „diesem Zusammenhange können sie der Rechtskraft fähig sein, nicht „weil sie Entscheidungsgründe sind, sondern weil der aus den Worten „allein nicht erkennbare Sinn oder Umfang der Entscheidung aus ihnen „erkannt, die Entscheidung in dem Sinne und Umfange rechtskräftig wird, „welcher als ihr wahrer Sinn und Umfang aus den Gründen zu er- „kennen ist. Die Entwickelung des Grundsatzes fällt der Doktrin und „der Rechtsanwendung anheim."

Der deutsche Entwurf von 1871 endlich (durch die 1872er Revision hierin nicht geändert) bestimmt in

§. 268: „Urtheile sind der Rechtskraft nur in soweit fähig, als über „den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

„Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer „mittelst Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft „fähig, jedoch nur bis zu der Höhe desjenigen Betrages, mit welchem „aufgerechnet werden soll.

„Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die „der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufge- „nommen ist."

Hierzu bemerken die Motive in Fortsetzung des oben §. 4 wiedergegebenen Passus:

„Es ist deßhalb (wegen der Verfügungsgewalt der Parteien über den Streitgegenstand) nur der Entscheidung über den durch die Klage „und die Widerklage erhobenen Anspruch die Fähigkeit der Rechtskraft „beigelegt worden. Entspricht es der Absicht der Parteien, daß außer- „dem ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, „welches für die Entscheidung des Rechtsstreites von präjudizieller Be- „deutung ist, durch richterliches Urtheil rechtskräftig festgestellt werde,

„so ist dieses Verlangen in Gemäßheit des §. 230 durch Erweiterung „des Klageantrages oder durch Erhebung einer Widerklage geltend zu „machen. Die Bestimmung des zweiten Absatzes des §. 268 über die „Rechtskraft des einer Kompensationseinrede zu Grunde liegenden An- „spruches ist dem hinsichtlich der Rechtskraft maßgebenden Prinzipe eben- „falls entsprechend. — ... Die Entscheidungsgründe als solche (rationes „decidendi) sind der Rechtskraft nicht fähig, unter Umständen kann „ihnen jedoch diese Fähigkeit nicht füglich entzogen werden, wenn und „soweit aus ihnen der Sinn und die Bedeutung der Entscheidung selbst „erkennbar ist. Daß die Entscheidungsgründe in diesem Umfange der „Rechtskraft fähig sind, wird indeß einer ausdrücklichen Bezeugung im „Gesetze nicht bedürfen. Die weitere Entwickelung der in den §§. 268 „und 230 enthaltenen Grundsätze ist der Rechtswissenschaft und Rechts- „anwendung zu überlassen."

## §. 7.

### Die Rechtskraft der Gründe in zwei Rechtsfällen.

Zunächst möge ein Fall folgen, in welchem das Vorhandensein der Berufungssumme nach württemb. Rechte in Frage stand. — A., B. und C. hatten einen Gesellschaftsvertrag geschlossen behufs Erbauung und späteren Verkaufes eines Hauses; das Haus wurde erbaut, eine Zeit lang vermiethet und schließlich verkauft; vor dem Verkaufe hatte A. mit einem seiner Söhne, D., einen Vertrag geschlossen, demzufolge er diesem gegen eine bestimmte Summe „alle seine Rechte aus der Gesellschaft" abtrat, sich aber für seine Lebzeiten die Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten vorbehielt. Nach dem Tode des A. erhob D. gegen seine Geschwister Klage dahin: sie haben anzuerkennen, daß ihm allein das Recht zur Erhebung des den A. betreffenden Theiles an dem Hauserlöse zustehe. Die Beklagten wendeten unter Anderem ein: der zwischen A. und D. geschlossene Vertrag sei ein Kauf über eine Liegenschaft, (den Hausantheil des A.) und es seien bei diesem Kaufe die vom württemb. Gesetze hierfür vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten, der Vertrag daher nichtig. — Der erste Richter trat dieser vom Kläger bestrittenen Auffassung bei und wies den Kläger ab; dieser ergriff die Berufung und begründete deren Statthaftigkeit damit: wenn auch die Annahme des ersten Richters, daß A. an dem Hauserlöse nicht mehr als 100 fl. anzusprechen gehabt habe, richtig sein sollte, so sei die Berufungssumme hier doch vorhanden, weil er, Kläger, nach dem Vertrage auch das Recht auf den Antheil seines Vaters an dem Mieth-

zinse mit etwa 20 fl. habe; durch das erstrichterliche Urtheil sei ihm indirekt dieser Anspruch mitaberkannt, er sei also um mehr als 100 fl. beschwert. — Das Berufungsgericht hielt in seiner Mehrheit diese Begründung für statthaft, weil nach dem aus den Gründen ersichtlichen Sinne des Urtheiles dem Kläger allerdings alle Ansprüche aus dem Vertrage aberkannt seien, dem Kläger also, wenn er in der Folge auf Anerkennung seines ausschließlichen Rechtes auf Bezug des Miethzinses klagen wollte, die exceptio rei judicatae entgegenstände. Die Minorität wollte diese Begründung nicht zulassen und berief sich auf den ersten Absatz des Art. 383, wonach die Gründe an sich nicht rechtskräftig werden; und wohl mit Recht: im Thatbestande war nichts Weiteres festgestellt und konnte nach Lage der Sache nichts Weiteres festgestellt werden, als daß A. und D. ein Uebereinkommen getroffen hatten, wodurch ersterer dem letzteren gegen Entgelt seine Rechte aus der Societät abtrat; die weitere Frage, ob dieser Vertrag ein Kaufvertrag sei, war hier nicht eine That-, sondern eine Rechtsfrage. (Thatfrage und Rechtsfrage lassen sich nicht in abstracto, sondern nur in concreto scheiden; hätten die Beklagten z. B., Abweisung nur aus dem Grunde behauptet, daß der Vertrag zwischen A. und D. durch spätere Uebereinkunft wieder aufgehoben worden sei, so wäre der Richter nicht befugt gewesen, den Kläger abzuweisen, „weil ein Liegenschaftskauf vorliege und die hierfür vorgeschriebenen Formen nicht eingehalten seien"; denn die Frage, ob ein (gültiger Kauf-) Vertrag geschlossen worden sei und noch bestehe, wurde hier von den Parteien als reine Thatfrage behandelt, und der Richter, welcher die Rechtsgültigkeit verneinte, hätte gegen den Satz verstoßen: ne eat ultra petita partium). Eine Rechtsfrage aber kann (abgesehen von singulären Vorschriften, wie sie z. B. bei dem französischen Kassationsrekurs bestehen, vgl. auch württemb. Prozeßordnung Art. 750 Abs. 4) von einem Gerichte nicht mit der Wirkung entschieden werden, daß ein anderer Richter in einem anderen Falle dieselbe ebenso entscheiden müßte: dies ist mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar. Wenn daher in unserem Falle der Kläger später das Gericht erster Instanz anrief, um Anerkennung seines Rechtes auf das Miethgeld zu erlangen, so war dasselbe rechtlich nicht gehindert (und konnte z. B. bei veränderter Besetzung auch thatsächlich in der Lage sein), ihm das angesprochene Recht zuzuerkennen und auszusprechen, daß es die früher angenommene Ansicht über das rechtliche Wesen des Kaufvertrages nicht mehr billige;

des Rechtes auf den Kaufpreis blieb er natürlich verlustig, aber nicht in Folge der materiellen, sondern in Folge der formellen Rechtskraft des früheren Urtheiles; von materieller Rechtskraft konnte in unserem Falle überhaupt nicht die Rede sein, weil der Thatbestand keine richterlichen Feststellungen enthielt; für die exceptio rei judicatae war also kein Raum, und der Umstand, daß wahrscheinlich der Richter I. Instanz den Kläger auch mit der Klage auf das Miethgeld abweisen werde, berechtigte selbstverständlich den Berufungsrichter nicht, die eine und die andere Forderung zusammenzurechnen, nachdem der Kläger einmal die gleichzeitige Geltendmachung versäumt hatte.

Soviel dürfte klar sein, daß weder für diesen, noch für den oben in parenthesi erwähnten, anders zu beurtheilenden Fall, daß die einfache Thatsache des Vertragsabschlusses bestritten und richterlich festgestellt worden wäre, aus dem württembergischen Gesetze sammt Motiven eine Entscheidung mit Sicherheit entnommen werden kann; dasselbe gilt, wenn das hannöverische Gesetz auf unsern Fall angewendet werden sollte, obwohl dasselbe vor dem württembergischen wenigstens insofern den Vorzug verdient, als es nicht eine Vorschrift aufstellt, deren erster Satz durch den zweiten aufgehoben wird; es steht der hier vertretenen Auffassung der Rechtskraft wenigstens nicht im Wege. Die Bestimmung des deutschen Entwurfes § 268, erster Absatz, führen zwar zu einer richtigen Entscheidung unseres Falles, wo es sich fragt: ist ein (gültiger) Kauf abgeschlossen? d. h. ist das Uebereinkommen, dessen Existenz außer Frage steht, juristisch als Kauf anzusehen und als solcher gültig? für um so unglücklicher aber muß dieselbe da gehalten werden, wo der Richter über die Thatfrage entschieden hatte: ist ein Kauf abgeschlossen worden? d. h. sind A. und D. wirklich in der vom Kläger behaupteten Weise übereingekommen? Wenn auch diese Thatsache rechtskräftig festgestellt wäre, so könnte nach dem Entwurfe doch, wenn D. später Anerkennung seines Rechtes auf das Miethgeld fordert, der Richter zu Gunsten derjenigen Partei erkennen, gegen welche das frühere Urtheil ausgefallen ist, denn über den Anspruch auf das Miethgeld ist ja durch das frühere Urtheil nicht entschieden, sondern nur über eine Voraussetzung dieses Anspruches. — Daß eine solche Entscheidung weder mit dem gesunden Menschenverstande noch mit den Grundsätzen des römischen Rechtes in Einklang stände, wird einer weiteren Ausführung nicht bedürfen.

Eine andere bedenkliche Anwendung erlitt der Art. 383 der württem-

bergischen Prozeßordnung in folgendem Falle: Die Gerberzunft der Stadt U. benützte seit langer Zeit einen der Stadtgemeinde gehörigen Platz, wie sie behauptete: kraft ihr zustehenden Rechtes; die Stadt erhob gegen die Zunft die negatorische Klage, behauptend, die Benutzung des Platzes durch die Beklagte beruhe nur auf einem precarium; die Beklagte beantragte einfach Abweisung der Klage, indem sie geltend machte, es stehe ihr ein dingliches Recht an dem Platze zu, nur nebenbei und erst in zweiter Instanz suchte sie dasselbe als Realservitut zu charakterisiren. Die Klägerin wurde in zwei Instanzen abgewiesen; in den Gründen zu dem Urtheil II. Instanz, welches formell rechtskräftig wurde, war ausgeführt: Der Beklagten stehe zwar aus den und den Gründen keine Real-, wohl aber eine Personalservitut zu, beruhend auf einem Vertrage vom Jahre 1770. — Im Jahre 1870 erneuerte die Stadt ihre Klage und erlangte nun in zwei Instanzen ein günstiges Urtheil; während aber der erste Richter dasselbe materiell damit begründete, daß aus den vorliegenden Thatsachen bzw. aus den thatsächlichen Feststellungen des früheren Urtheiles sich nur das Bestehen einer Personalservitut ergebe, welche (aus hier unerheblichen Gründen) erloschen sei, ließen sich die oberstrichterlichen Gründe auf diese Frage materiell gar nicht ein, sondern erklärten: Durch das Urtheil im früheren Prozesse sei bereits rechtskräftig entschieden, daß der Beklagten nur eine Personalservitut zustehe.

Es darf füglich bezweifelt werden, ob der zweite Richter im früheren Prozesse eine Berufung der nach dem Inhalte der Entscheidung obsiegenden Beklagten zugelassen hätte; vielmehr ist anzunehmen, daß derselbe in diesem Falle mit Windscheid (Pandekten §. 130 n. 21 a. E.) gesagt hätte: „Man kann dem Beklagten nicht zumuthen oder auch nur gestatten, gegen ein Urtheil ein Rechtsmittel zu ergreifen, welches ihm gegen den klägerischen Anspruch vollkommen Ruhe schafft“. — Wer aber eine Berufung des nach der Urtheilsformel Obsiegenden gegen den Inhalt der Entscheidungsgründe nicht zuläßt, der darf offenbar, ohne sich einer groben Inkonsequenz schuldig zu machen, in einem späteren Prozesse dem früher Obsiegenden nicht die Rechtskraft eben dieser Gründe entgegenhalten. Die Unstatthaftigkeit einer Berufung des formell Obsiegenden gegen den Inhalt des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe ist übrigens nicht selbstverständlich; ob man sie insbesondere in unserem Falle zulassen wollte, hing von der Auffassung des Wesens der actio negatoria ab. Der Sache nach, insbesondere wenn man mit der herrschenden Lehre dem

Beklagten den Beweis der Servitut auflegt, ist die actio negatoria von einer Provokationsklage kaum verschieden; sobald die Sach-Legitimation des Klägers außer Zweifel ist, hat der Beklagte nur die Wahl: stattzugeben oder ein ihm zustehendes Recht zu behaupten und zu beweisen. Thut er letzteres, so enthält das Urtheil nothwendig stets der Sache nach eine Verurtheilung: lautet es formell verurtheilend, so spricht es dem Beklagten die Servitut ab; lautet es auf Abweisung des Klägers, so spricht es aus, daß dieser das vom Beklagten angesprochene Recht anzuerkennen habe. Wollte man den Charakter der actio negatoria als Provokationsklage streng durchführen, so würde sich weiter die Forderung an den Beklagten ergeben, in seiner — nun in Wahrheit als Klage anzusehenden — Vernehmlassung das Recht, welches er anspricht, genau zu bezeichnen, die Beklagte wäre alsdann in unserm Falle verpflichtet gewesen zu sagen, ob sie das Nutzungsrecht als Real- oder als Personalservitut beanspruche, der Richter in dem früheren Prozesse aber hätte, wenn er nur ein Personalservitut als bestehend annahm, nicht ein schlechtweg abweisendes, sondern ein theils abweisendes, theils verurtheilendes Erkenntniß aussprechen müssen, und wenn sich die Zunft bei diesem Urtheile beruhigt hätte, so wäre ihr natürlich die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache im zweiten Prozesse mit Recht entgegengehalten worden. — Eine gesetzliche Normirung der Negatorienklage in diesem Sinne würde sich unseres Erachtens entschieden empfehlen; zur Zeit aber wird der Beklagte zu der bezeichneten Präcisirung seines Anspruches nicht gezwungen werden können; dann muß sich aber auch der Richter enthalten, den Anspruch für persönlich oder sachlich zu erklären, und sich auf den Ausspruch beschränken: aus den festgestellten Thatsachen ergebe sich, daß dem Beklagten ein dingliches Recht zustehe: dies ist freilich thatsächlich nur ein halbes Urtheil und ebendarum die andere Behandlungsweise der Negatorienklage vorzuziehen. — Allein auch bei der laxeren Behandlung erfolgen nothwendig rechtskräftige Feststellungen, und damit kommen wir auf die unrichtige Behandlung der vorliegenden Frage im Reichsprozeßentwurfe. Dieser will die Rechtskraft davon abhängig machen, daß über den in der Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden sei, m. a. W.: daß die Parteien ihre Ansprüche zu einer bestimmten Klagbitte formulirt haben, und begründet wird dies mit der Verfügungsgewalt der Parteien über den Streitgegenstand (s. oben §. 4.). Allein aus dieser Begründung ergiebt sich jener

Satz nicht; wenn A., welcher gegen B. ein Recht auf eine immerwährende ständige Leistung zu haben glaubt, gegen diesen Klage auf Bezahlung eines verfallenen Jahresbetrages erhebt, und B. 1) die Existenz des Rechtes bestreitet 2) eventuell Verjährung des eingeklagten Jahresbetrages behauptet, so ist zwar der Kläger berechtigt (Entw. v. 1871 §. 230: kann beantragen), seinen Klageantrag dahin zu erweitern, daß er Anerkennung seines Rechtes auf die Leistung überhaupt verlangt, und ebenso wird nach §§. 230 und 210 des Entwurfes der Beklagte für berechtigt zu erklären sein, Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses zu erheben; allein verpflichtet ist der Eine und der Andere zur Stellung eines solchen formellen Antrages nicht; der Richter aber muß, auch wenn derselbe nicht gestellt wird, über die Existenz des Rechtes Grund machen, denn in Wirklichkeit haben eben die Parteien von ihrer Verfügungsgewalt über den Streitgegenstand in der Art Gebrauch gemacht, daß sie nicht bloß die einzelne Jahresleistung, sondern das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß selbst in den Streit geführt und dem richterlichen Urtheile unterstellt haben; wenn sie keinen förmlichen Antrag gestellt haben, so folgt daraus nichts weiter, als daß der Richter in der Urtheilsformel sich nicht über das Rechtsverhältniß selbst aussprechen, sondern nur, je nachdem er das Recht des Klägers auf die Leistung bejaht oder verneint, den Beklagten (von der Verjährungseinrede abgesehen) zur Zahlung der Jahresrate verurtheilt oder freispricht. Nach dem oben mitgetheilten §. 4 der hannöverischen Prozeßordnung (ähnlich württemb. Pr.-O. Art. 22) würde zwar die Frage des Vorhandenseins der Berufungssumme in einem solchen Falle nach dem Inhalte des Thatbestandes, bzw. der Entscheidungsgründe, nicht nach dem Inhalte der Entscheidung zu beantworten sein; allein auch nach diesen Gesetzen kann es, da die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels bloß gegen die Gründe fast allgemein verneint wird, in Fällen der besprochenen Art für den formell Obsiegenden sehr angezeigt sein, seinen über das Petitum des Gegners hinausgehenden Anspruch zu einer förmlichen Widerklage zu formuliren; denn wenn in dem obigen Falle der Klage auf einen Jahresbetrag einer ständigen Leistung der Richter den Kläger abweist, weil der einzelne Jahresbetrag aus der an sich zu Recht bestehenden Verpflichtung verjährt sei, so werden die Thatsachen, aus welchen der Richter dieses Zurechtbestehen folgert, gegen den formell obsiegenden Beklagten rechtskräftig festgestellt, und wenn die aus diesen Thatsachen ge-

zogene rechtliche Folgerung richtig ist, so kann in der Folge der Beklagte den Rechtsbestand der Leistungsverbindlichkeit nicht mehr anfechten weil er die jetzige ihm nachtheilige Feststellung des Thatbestandes nicht anfechten darf, da ja trotzdem für ihn entschieden ist. — Noch dringender angezeigt ist die Erhebung förmlicher Widerklage gegen die angestellte Negatorienklage; denn während in Fällen des §. 4 der hannöverischen Prozeßordnung der Richter sich wenigstens darauf beschränken kann, nur die Existenz des einzelnen eingeklagten Anspruches zu verneinen und die Existenz des zu Grunde liegenden Rechtes dahingestellt zu lassen, muß er bei angestellter Negatorienklage und erhobenem Widerspruche des Beklagten die Wahrheit oder Unwahrheit der von letzterem zu dessen Begründung vorgebrachten Thatsachen feststellen, um auch nur im Allgemeinen aussprechen zu können: Dem Beklagten stehe ein dingliches Recht, sei es nun als Real- oder als Personal-Dienstbarkeit zu; und wenn der Richter bei dieser Feststellung aus faktischem Irrthume die Wahrheit derjenigen Thatsachen verneint, aus denen sich die Existenz einer Realservitut ergeben würde, dagegen soviel thatsächlich feststellt, daß eine Personalservitut als gegeben erscheint, so wäre mit dem die Negatorienklage abweisenden Urtheile für den unterliegenden Kläger unter Umständen mehr gewonnen als für den obsiegenden Beklagten; in dem oben mitgetheilten Rechtsstreite z. B. hätte die verklagte Zunft in dem zweiten Prozesse mit der Behauptung, daß die faktischen Feststellungen des Richters in dem ersten Urtheile irrthümlich seien, nicht gehört werden dürfen, auch wenn diese Behauptung noch so glaubhaft gemacht worden wäre: anders freilich nach dem Reichsprozeßentwurfe; nach diesem wäre durch das Urtheil im ersten Prozesse gegen die Beklagte überall nichts festgestellt worden, weil sie ja keinen Anspruch widerklagend erhoben, d. h. ihren de facto erhobenen Dienstbarkeitsanspruch nicht zu einer Widerklage formulirt hatte.

## §. 8.

### Der Reichsprozeßentwurf über die Wirkung des Urtheiles über eine Kompensationseinrede.

Schließlich haben wir noch die Bestimmung des Entwurfes über „die Rechtskraft des einer Kompensationseinrede zu Grunde liegenden Anspruches“ zu betrachten, welche in den Motiven mit der kurzen Bemerkung begründet wird, daß sie „dem hinsichtlich der Rechtskraft maßgebenden Prinzipe ebenfalls entsprechend“ sei. Eben diese Bestimmung

zeigt aber schlagend, zu welch fatalen Konsequenzen die Vermengung von materieller und formeller Rechtskraft führt. — Wenn A. gegen N. eine Schadensersatzforderung im Betrage von 100 einklagt, N. aber kompensirend eine Darlehnsforderung von 200 geltend macht, und der Richter nach erhobenem Beweise die eine und die andere Forderung begründet findet und in Folge dessen die Klage abweist: welchen Sinn hat hier die Bestimmung: die Entscheidung über die Gegenforderung sei der Rechtskraft fähig „bis zu der Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll“? Hätte N. seine Forderung nicht bloß kompensirend, sondern zugleich widerklagend geltend gemacht, so hätte er, weil durch den Thatbestand das Bestehen einer Forderung von 200 rechtskräftig festgestellt war, eine der Vollstreckbarkeit fähige Verurtheilung des A. zur Bezahlung von 100 erwirkt. Weil er aber darauf verzichtet hat, für die Hälfte seiner Forderung sofort die Vollstreckbarkeit zu erwirken, so soll nun bloß ein Darlehn von 100 rechtskräftig festgestellt sein; und wenn er die weiteren 100 später einklagt, so muß er den im früheren Prozesse geführten Beweis, daß er dem A. 200 geliehen, noch einmal führen, denn auf andere Weise vermag er offenbar die Restforderung von 100 nicht zu beweisen! — Uebrigens sind für diesen Fall auch die Bestimmungen der württemb. Prozeß-Ordnung (oben §. 6) nur geeignet Zweifel hervorzurufen. Zwar wenn das Urtheil lautet: „A. wird mit seiner Klage abgewiesen“, so muß „Sinn und Umfang“ dieser Entscheidung aus den Entscheidungsgründen, bzw. dem Thatbestand entnommen werden, und diese ergeben, daß A. abgewiesen ist, weil der Richter eine Schuld des A. an N. von 200 für erwiesen hält, und als „Beschwerdesumme“ wird also hier nach den oben citirten Art. 657 und 383 die Summe von 200 anzunehmen sein; wie aber, wenn unter Verwerfung der Einrede als unbegründet N. verurtheilt worden ist, dem A. 100 zu zahlen? „Sinn und Umfang“ der Verurtheilung sind hier an sich vollkommen klar; soll es dennoch zulässig sein, im Gegensatze zu dem nach dem Inhalte der Urtheilsformel klaren Sinne und Umfange der Entscheidung aus den Entscheidungsgründen den „wahren Sinn und Umfang“ des Urtheils behufs Feststellung der Beschwerdesumme zu ermitteln? Die gesunde Vernunft verlangt es; der Wortlaut des Gesetzes läßt es mindestens zweifelhaft erscheinen.

Für das Verhältniß der Parteien unter sich glauben wir im Bisherigen den Satz begründet zu haben: Förmliches Recht für

die Zukunft schafft die Entscheidung, mag sie in dem Tenor oder in den Gründen des Urtheiles enthalten sein; der materiellen Rechtskraft fähig sind nur die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes. Wir wenden uns nunmehr zu dem zweiten Theile unserer Aufgabe, zu dem Nachweise, daß eben diese Sätze auch für die Wirkung des Urtheiles auf Dritte, am Prozesse unbetheiligte Personen maßgebend sein müssen und wenigstens bis zu einem gewissen Grade, schon von den römischen Juristen der klassischen Zeit als maßgebend anerkannt worden sind.

## III. Die Wirkungen des rechtskräftigen Urtheiles auf Dritte.

### §. 9.

### Die herrschende Lehre.

Res judicata jus facit inter partes: mit diesem Satze, welcher sich übrigens in dieser Fassung bei den römischen Juristen nicht findet, soll nach Savigny, dessen Lehre hier unbedingt als die heute noch herrschende zu bezeichnen ist, das Prinzip für die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles ausgesprochen sein, und zwar wird dieser Satz, wie schon oben §. 4 bemerkt wurde, von der herrschenden Lehre dahin verstanden: das rechtskräftige Urtheil berührt dritte, außerhalb des Prozesses stehende Personen regelmäßig in keiner Weise; nur einzelne theils natürliche, theils „positive“ d. h. wohl willkürliche Ausnahmen werden zugelassen; als natürliche Erweiterungen bezeichnet Savigny (§. 301) die Erstreckung der Wirkungen der Rechtskraft auf Universal- und Singular-Successoren „einschließlich des Pfandgläubigers und Cessionars“, übrigens mit der Einschränkung: die Erweiterung finde nur statt, wenn die Succession nach dem rechtskräftigen Urtheile begründet wurde; positive Erweiterungen sollen stattfinden bei einzelnen (nach Anderen, z. B. Wächter bei allen) Statusklagen; bei einzelnen Klagen aus dem Erbrechte, sofern namentlich das zwischen dem Testaments- und dem Intestaterben über die Gültigkeit eines Testamentes ergangene Urtheil auch für Legatare und dgl. bindend sein soll, nicht aber auch für die Gläubiger der Erbschaft, weil es „für sie gefährlich werden „kann, unbedingt an den siegenden Theil im Erbschaftsstreite verwiesen „zu werden, weil dieser vielleicht zahlungsunfähig sein kann“; ferner bei Klagen, „deren Führung einem Mitbetheiligten überlassen wird“, endlich bei Anstellung der konfessorischen oder negatorischen Klage

durch einen oder gegen einen von mehreren Miteigenthümern des herrschenden oder dienenden Grundstückes.

## §. 10.

### Das Prinzip; Wirkung auf Dritte oder Wirkung auf Rechte Dritter?

Unser Haupteinwand gegen die herrschende Lehre geht, wie der Leser wohl schon nach der seitherigen Ausführung vermuthen wird, dahin, daß dieselbe nicht unterscheidet zwischen der Wirkung des Urtheiles, sofern es förmliches Recht schafft, und der Wirkung, sofern es bestimmte Thatsachen rechtskräftig feststellt. Ehe wir aber auf die Bedeutung dieses Unterschiedes für die hier zu behandelnde Frage eingehen, ist eine Bemerkung vorauszuschicken, welche geeignet sein dürfte, die Sonderung des Wahren und des Falschen, das in der herrschenden Lehre untereinander gemischt ist, wesentlich zu erleichtern. — Nachdem Savigny das Prinzip aufgestellt hat, „daß in jedem späteren Rechtsstreite eine dritte Person aus dem früheren rechtskräftigen Urtheile weder Rechte geltend machen, noch einer Verbindlichkeit unterworfen werden kann", fährt er (Bd. 6 S. 467) wörtlich fort:

„Diese Regel ist von besonderer Wichtigkeit bei den Klagen in „rem. Denn da das Eigenthum und ebenso auch das Erbrecht als „eine allgemeine, gegen Jeden wirksame Eigenschaft des Berechtigten „gedacht wird, so liegt der Gedanke sehr nahe, daß die rechtskräftige „Bejahung oder Verneinung dieser Eigenschaft ebenso allgemein für „und wider alle Menschen ihre Wirkung äußern müsse. Dennoch „verhält es sich damit ganz anders. Das Wesen der Rechtskraft besteht in einer Fiktion der Wahrheit für das gesprochene Urtheil. „Auf die Anwendung dieser Fiktion erwirbt die obsiegende Partei ein „Recht gegen die unterliegende, und so hat das aus dem Urtheile ent„springende Rechtsverhältniß völlig die Natur einer Obligation, und wirkt daher nicht auf fremde Personen, die etwa auf dasselbe „Eigenthum oder Erbrecht Anspruch machen möchten."

Dieser letzte Satz ist gewiß vollkommen richtig und auch mit unserer Theorie durchaus vereinbar, wie sich unten ergeben wird; allein folgt denn daraus, daß das Urtheil zwischen zwei Eigenthumsprätendenten nicht auch auf einen solchen Dritten wirkt, welcher dasselbe Eigenthum für sich in Anspruch nimmt, folgt daraus — fragen wir —,

daß dieses Urtheil nur zwischen den Prozeßparteien wirksam wird? Außer den Prozeßparteien und diesem Dritten und vielleicht noch einem Vierten und Fünften, welche gleichfalls Ansprüche auf das streitige Eigenthum machen, ist ja noch die ganze übrige Menschheit vorhanden, welche für sich auf dieses Eigenthum keinen Anspruch macht, und es fragt sich: welchen Einfluß hat das zwischen den Prozeßparteien über ein Recht, insbesondere ein dingliches Recht ergangene Urtheil auf alle diejenigen, welche auf dieses Recht keinen Anspruch machen? Wenn ich und ein Anderer über das Eigenthum einer Sache gestritten haben und dasselbe ist durch rechtskräftiges Urtheil mir zugesprochen worden, soll dann jeder beliebige Dritte, der in keiner Weise einen eigenen Anspruch an die Sache zu machen hat, wenn diese durch irgend einen Zufall in seine Hände gerathen ist, meiner Vindikation mit der Einrede begegnen können: ich sei gar nicht Eigenthümer, das Eigenthum hätte von Rechts wegen meinem Gegner zuerkannt werden müssen? Jeder vernünftige Richer wird eine solche exceptio de jure tertii zurückweisen; denn etwas Anderes ist die Frage: welche Wirkungen äußert das rechtskräftige Urtheil auf die an dem Gegenstande des Rechtsstreites unbetheiligten Dritten? und etwas Anderes die Frage: welche Wirkung äußert das Urtheil zwischen den Parteien auf die Rechte Dritter, d. h. auf solche, welche an dem Streitobjekte eigene Rechte behaupten? Mit anderen Worten: es ist ein sehr großer Unterschied, ob man nach den Wirkungen des rechtskräftigen Urtheiles auf Dritte, oder ob man nach dessen Wirkungen auf die Rechte Dritter fragt. Würde die herrschende Lehre diesen handgreiflichen Unterschied nicht übersehen, so könnte sie nicht auf einen ungeheuerlichen Satz verfallen wie den: wenn Testamentserbe und Intestaterbe um die Erbschaft streiten, so dürfe sich der Gläubiger des Erblassers an denjenigen halten, welchem durch rechtskräftiges Urtheil die Erbschaft abgesprochen worden sei, wofern er nur darthun könne, daß von Rechts wegen zu Gunsten desselben hätte erkannt werden sollen! Im ganzen römischen Rechte werden die Vertheidiger der herrschenden Lehre, zu der sich z. B. sogar Wetzell, System des Civilprozesses §. 47, wenn auch schüchtern, bekennt, für diesen monströsen Satz, den sie sich selbst aus ihrer Theorie von der beschränkten Wirkung des Urtheiles abgeleitet haben, auch nicht die geringste Beweisstelle auftreiben; und wenn sie die Registraturen aller deutschen Gerichtshöfe durchstöbern, wir sind überzeugt, sie werden nicht einen Fall finden,

wo ein Gericht den unterlegenen Erben zur Bezahlung der Erbschaftsschulden verurtheilt hätte!

## §. 11.

### Die richtige Fragestellung.

Nach dieser Vorbemerkung ist die im Folgenden zu beantwortende Frage so zu formuliren: Welche Wirkungen äußern 1) das durch das Urtheil geschaffene förmliche Recht — 2) die rechtskräftigen Feststellungen des Thatbestandes auf die an der **Prozeßführung** unbetheiligten Dritten, sei es nun, daß sie am **Gegenstande des Prozesses** ein Recht hatten, bzw. zu haben behaupteten oder nicht? — Schon durch diese Fragestellung entfallen unserer Erörterung einige der Fälle, wo nach Savigny ausnahmsweise das Urtheil über die Prozeßparteien hinaus wirksam sein soll, nämlich die Fälle der „Klagen, deren Führung einem Mitbetheiligten überlassen wird". Es handelt sich hier, wie schon Wächter, württemb. Privatrecht Bd. II §. 73 hervorgehoben hat, lediglich um Fälle prozessualischer Stellvertretung; nicht im materiellen Rechte, nicht im Wesen des Urtheiles, sondern im Prozeßrechte, in dessen Vorschrift, daß derjenige, welcher sich im Prozesse durch einen Anderen vertreten läßt, die Handlungen seines Vertreters gegen sich gelten lassen muß, hat in diesen Fällen die Wirkung der Rechtskraft auf die an der Prozeßführung unbetheiligten Dritten ihren Grund; eine Vertretung mit dieser Wirkung kann auch die Folge einer stillschweigenden Bevollmächtigung sein, wenn z. B. der mit der Eigenthumsklage belangte Käufer seinem Verkäufer den Streit verkündigt und, nachdem letzterer in den Streit eingetreten, sich aus dem Prozesse zurückzieht. Ein näheres Eingehen auf die l. 63. D. de re judicata, auf welche Savigny diese angeblichen Ausnahmsfälle zurückführt, liegt außerhalb der Aufgabe, die wir uns in dieser Erörterung gestellt haben. — Auch eine andere — „natürliche" — Erweiterung der Wirkung der Rechtskraft können wir sofort aus dem Bereiche unserer Betrachtung ausschließen: die Wirkung des für oder gegen den Erblasser ergangenen Urtheiles für oder gegen den Erben hat ihren Grund gleichfalls nicht im Wesen des Urtheiles, sondern im Wesen der Universal-Succession; wer überhaupt den Begriff der Universal-Succession anerkennt, für den ist jedes weitere Wort über die Nothwendigkeit der Wirkung eines solchen Urtheiles auf den Erben überflüssig.

## §. 12.

## Die Wirkungen der rechtskräftigen Entscheidung: a) über dingliche Rechte.

Die in dem Urtheile ausgesprochene Entscheidung schafft, mag das Urtheil gerecht, ungerecht oder nichtig sein, förmliches Recht für die Zukunft; rückwirkende Kraft kommt ihr nicht zu: dies wurde oben §. 3 ausgeführt. Diese Recht-schaffende Kraft der Entscheidung kann aber Dritten gegenüber nur in Betracht kommen bei Urtheilen über dingliche —, nicht auch bei solchen über persönliche Ansprüche. Wird einer Partei ein persönlicher Anspruch zuerkannt, so hat sie diesen Anspruch eben gerade nur gegen die verurtheilte Gegenpartei, gegen andere Personen, z. B. gegen Miterben des verurtheilten Gegners, mag sie vollkommen gleichartige Ansprüche haben, aber derselbe Anspruch ist es nicht, sie kann niemals gegen die Mitverhafteten auf Grund des gegen den Prozeßgegner erstrittenen Urtheiles Vollstreckung verlangen: Dritten gegenüber kann nur die Recht-vernichtende Kraft des Urtheiles und die Rechtskraft des Thatbestandes in Frage kommen. (S. unten §. 17). Anders bei dinglichen Rechten; hier nimmt der angeblich Berechtigte das Recht nicht bloß dem einzelnen Prozeßgegner, sondern als ein absolutes gegen Jedermann in Anspruch, und wenn er obsiegt, so wird ihm das Recht auch als ein solch absolutes zuerkannt. Hier scheint nun unsere Thesis: daß die Entscheidung förmliches Recht schaffe auch Dritten gegenüber, im Widerspruche zu stehen mit unserm Anerkenntnisse (oben §. 10), daß das Urtheil in einem Eigenthumsprozesse nicht wirke auf Personen, die etwa auf dasselbe Eigenthum Anspruch machen. Allein aus dem oben über den Umfang der Rechtskraft und über die Bedeutung des Satzes: res judicata jus facit" Gesagten wird sich leicht nachweisen lassen, daß dieser Widerspruch nur ein scheinbarer ist. Das formell rechtskräftig gewordene, wenn auch materiell nichtige Urtheil begründet, haben wir oben gesagt, auf dem Gebiete der dinglichen Rechte eine wahre Singular-Succession: das Eigenthum, welches dem A. abgesprochen wird, wird durch Richterspruch, wie sonst durch Kauf und Uebergabe, auf B. übertragen; das Besondere dieser Singular-Succession ist nur, daß sie, anstatt durch die Parteien, durch den Richter vermittelt wird, ihre Wirkungen aber sind ganz dieselben, wie bei vertragsmäßiger Succession, und vor Allem findet auch auf sie der juristische Fundamentalsatz Anwendung: nemo plus juris in alium transferre potest, quam

ipse habet. Der nemo ist hier der Richter, und was er hat, ist dasjenige Recht, welches von den Parteien seiner Entscheidung unterstellt worden ist und unterstellt werden konnte: er kann also durch einen ungerechten Spruch nicht mehr Recht übertragen, als derjenigen Partei in Wahrheit zustand, welcher er das Recht aberkannt hat; stritten die Parteien über ein Eigenthum, welches keiner von Beiden zustand, so kann das nichtige Urtheil auf den obsiegenden Theil nicht das Eigenthum an der streitigen Sache, sondern nur deren Besitz oder das Putativ-Eigenthum übertragen; wird durch nichtiges Urtheil demjenigen das Eigenthum abgesprochen, welcher, solange er Eigenthümer war, einem Dritten daran ein Pfandrecht, einen Nießbrauch eingeräumt hatte, so geht das Eigenthum auf den Gegner mit der darauf haftenden Last über; insofern ist der Satz: res judicata jus facit non nisi inter partes, vollkommen wahr; wir können ihn auch so ausdrücken: durch die zwischen den Prozeßparteien ergehende Entscheidung wird das Recht desjenigen nicht berührt, welcher zur Hauptintervention berechtigt ist; denn diese Intervention ist ein Recht aber keine Nothwendigkeit für den Intervenienten; von der Nebenintervention wird unten bei Erörterung der Wirkungen der materiellen Rechtskraft die Rede sein. — Nun aber die Kehrseite des Satzes: quilibet tantum juris in alium transferre potest, quantum ipse habet; dieser Satz ist zwar nicht so allgemein gültig, wie der erste, sofern es manche unübertragbare, sogenannte höchstpersönliche Rechte giebt, allein diese Ausnahmen kommen hier nicht in Betracht, auf die Wirkungen der rechtskräftigen Entscheidung findet er durchaus Anwendung: die durch das Urtheil bewirkte Singular-Succession äußert ganz dieselben Wirkungen, wie eine vertragsmäßige Succession, der Rechtsnachfolger kann gegen Jedermann ganz dieselben Rechte geltend machen, welche seinem Rechtsvorgänger zustanden; war dieser wirklich Eigenthümer, so kann auch der Nachfolger gegen jeden Dritten die Vindikation anstellen, und so wenig der unberechtigte dritte Besitzer der Vindikation des Käufers gegenüber sich auf die Anfechtbarkeit des zwischen dem Käufer und dem Verkäufer abgeschlossenen Vertrages berufen kann, so wenig kann er die Nichtigkeit des zwischen dem Kläger und dem früheren Eigenthümer ergangenen Urtheiles geltend machen; im einen wie im anderen Falle kann ihm der Kläger sagen: vinco vincentem te, ergo vinco te ipsum. Aus dem Gesagten ergiebt sich aber auch weiter, daß es ganz verkehrt ist zu sagen: Die Wirkung der Rechts-

kraft erstrecke sich auf die Singular-Successoren der Parteien, welche dies nach dem Eintritte der Rechtskraft werden: Savigny a. a. O. Bd. 6, S. 470, Wetzell, a. a. O. §. 47, n. 26; wenn in dem Rechtsstreite zwischen A. und R. dem A. das Eigenthum rechtskräftig zugesprochen worden ist und nach diesem Urtheile R. die Sache dem T. verpfändet, so steht nicht der Klage des „Singular-Successors und Pfandgläubigers“ T. die Einrede der zwischen A. und R. rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, sondern diese Klage wird darum abgewiesen, weil für T. niemals ein Pfandrecht begründet worden ist, d. h. weil R., nachdem er des Eigenthumes an der Sache verlustig geworden, ebensowenig ein Pfandrecht an dieser Sache bestellen, als über die Sache selbst verfügen konnte; es kann nicht oft genug wiederholt werden: die formell rechtskräftige Entscheidung schafft förmliches Recht, und nicht bloß die „Fiktion eines Rechtes“. Papinian sagt in l. 1, §. 3 D de pignoribus, auf welche Stelle die herrschende Lehre sich beruft, mit keiner Silbe, daß derjenige, welchem der unterlegene wahre Eigenthümer (victus per injuriam) die streitige Sache nach dem Urtheile verpfände, Pfandgläubiger werde.

b) über das Recht des Cedenten.

Den eben gewürdigten Satz, daß das Urtheil auf den Einzelrechtsnachfolger nur wirke, wenn die Succession nach Eintritt der Rechtskraft erfolgt sei, erläutert Savigny noch an folgendem Beispiele: „Wenn also ein Gläubiger einen Theil seiner Forderung einem Dritten überträgt, und dann für den übrigen Theil gegen den Schuldner klagt, so hat das Urtheil keinen Einfluß auf den Cessionar.“ Beinahe so viel Irrthümer als Worte! Soweit der Satz in einzelnen Fällen wahr sein kann, soweit also das Schicksal der Klage des Cedenten unter Umständen ein anderes ist, als dasjenige der Klage des Cessionars, liegt der Grund für den Ausschluß der Wirkung des Urtheiles nicht in dem Mangel der subjektiven, sondern in dem Mangel der objektiven Identität (eadem quaestio) der beiden Klagen: der vorbehaltene Theil der Forderung (man denke an eine in Zieler zerlegte Kaufschillingsforderung) kann bezahlt, verjährt sein, während der abgetretene Theil noch fortbesteht. Als Beispiel der Wirkung des Urtheiles auf Singular-Successoren kann der Fall darum nicht dienen, weil der Cessionar kein Singular-Successor des Cedenten ist, wie Savigny selbst (System §. 105 Anm. f.) hervorhebt; ein die ganze Forderung ergreifender Ausspruch des Richters wirkt auch auf den Cessionar, mag die

Cession vor oder nach dem Urtheile erfolgt sein, denn durch die Cession kann nur der Anspruch aus dem zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Verhältnisse, nicht aber das Verhältniß selbst, die causa des Anspruches übertragen werden; wird aber in dem zwischen Gläubiger und Schuldner geführten Prozesse die causa für nichtig erklärt, so fällt damit der ganze Anspruch, fallen also auch die abgetretenen Theile zusammen; A. hat z. B. an N. ein Haus verkauft, zahlbar in zehn Zielern; deren fünf cedirt er an T.; darauf klagt er das erste, vorbehaltene Ziel ein, N. behauptet aber Nichtigkeit des Kaufes, A. wird mit seiner Klage abgewiesen und muß das Haus behalten oder zurücknehmen; wo in aller Welt wird sich ein Richter finden, welcher eine Klage des T. gegen den N. auf Bezahlung der fünf ihm abgetretenen Zieler zulassen und erkennen würde: der Kauf sei doch gültig, N. müsse das Haus wieder nehmen, oder vielleicht auch, ohne das Haus zu erhalten, den Betrag der fünf Zieler an T. entrichten?

c) über die Erbfolge.

Wir haben den Satz ausgeführt: die im Urtheile ausgesprochene Entscheidung begründe auf dem Gebiete der dinglichen Rechte eine wahre Singular-Succession; man könnte versucht sein zu denken, in ähnlicher Weise lasse sich der Satz aufstellen: auf dem Gebiete des Erbrechtes begründe die Entscheidung über eine Erbschaftsklage eine wahre Universal-Succession; allein ein solcher Satz wäre entschieden falsch, wenn er dahin verstanden werden wollte: durch das Urtheil werde der Obsiegende Universal-Successor des (mit Unrecht) Unterliegenden; und er wäre leicht mißzuverstehen, wenn er dahin verstanden würde: durch das Urtheil werde der Obsiegende Universal-Successor des Erblassers. Falsch wäre der Satz: der Obsiegende werde Universal-Successor des Unterliegenden; allerdings wird durch das Urtheil alles Recht, welches dieser hatte, auf jenen übertragen; allein so wenig der Erbschaftskäufer Universal-Successor des Erbschafts-Verkäufers wird, so wenig wird der obsiegende Erbschaftsprätendent Universal-Successor des unterlegenen Prätendenten. Das Erbrecht ist nicht eine übertragbare Sache, sondern eine unübertragbare Beziehung, übertragbar sind nur die körperlichen zur Erbschaft gehörigen Sachen, und in Beziehung auf sie findet eine wahre Singular-Succession statt, wenn dem berechtigten Prätendenten durch ungerechtes Urtheil die Erbschaft ab- und dem unberechtigten zugesprochen wird. — Mißverständnissen ausgesetzt wäre der Satz: durch

die Entscheidung werde der Obsiegende Universal-Successor des Erblassers; allerdings erklärt ihn das Urtheil für den Erben, allein in keinem anderen Sinne, als wenn im Eigenthumsprozesse zwischen A. und N. der Richter dem A. das Eigenthum zuspricht; wie hier der Sinn des Urtheiles nur der ist: „der Eigenthumsanspruch des A. ist besser begründet, als derjenige des N.", etwaige Eigenthumsansprüche des X. und Y. aber durch dieses Urtheil gar nicht berührt werden, — so wird durch das Urtheil im Erbschaftsprozesse das Erbrecht des Obsiegenden nicht inter omnes, sondern inter partes d. h. zwischen den Prozeßparteien und allen denjenigen, welche selbst kein Erbrecht in Anspruch nehmen, bejaht, wirklicher Erbe wird er nur dann, wenn er und sein Gegner die einzigen Erbprätendenten wären. Eine Bemerkung ist aber hier noch beizufügen: wir haben wiederholt gesagt: das Urtheil schaffe Recht nur für die Zukunft; dieser Satz erleidet, wie aus dem Vorstehenden erhellt, bei dem Urtheile im Erbschaftsstreite eine kleine Modifikation: wenn das Urtheil ausspricht: „A. ist Erbe des am 1. Januar 1870 verstorbenen B.", so muß A. als erbberechtigt nicht blos vom Tage des Urtheiles, sondern schon vom Tage des Erbschaftsanfalles, vom 1. Januar 1870 an gedacht werden: dies bringt das Wesen der Universal-Succession mit sich, welches „in dem unmittelbaren Uebergange des Vermögens als eines idealen Ganzen, insbesondere in dem unmittelbaren Uebergange der zu dem Vermögen gehörigen Forderungen und Schulden vom Erblasser auf den Erben besteht:" (Savigny System §. 105, Bd. 3, S. 13 und 15.)

d) über einen Dienstbarkeitsanspruch.

Der Satz, daß das durch die Entscheidung eines Urtheiles geschaffene förmliche Recht die Rechte Dritter nicht alterire, erleidet nur eine Ausnahme in den Fällen der von einem oder gegen einen von mehreren Miteigenthümern eines Grundstückes erhobenen konfessorischen oder negatorischen Klage. Zwar ist über den Umfang dieser Ausnahme Streit, indem z. B. Windscheid, Pand. §. 132 n 2 und 5. sie viel enger faßt, als Savigny und Wetzell (Civilprozeß §. 47 n. 30.); auf die Auslegung der in Frage kommenden Gesetze einzugehen ist hier nicht der Ort, wir müssen uns auf die Bemerkung beschränken, daß die hier stattfindende singuläre Erweiterung der Wirkung des Urtheiles ihre nothwendige Begründung in der Untheilbarkeit der Grunddienstbarkeiten findet, oder wie Wetzell a. a. O. sagt, darin, daß sententia praedio datur.

## §. 13.

### Die Wirkungen der rechtskräftigen Feststellungen.

### 1) das Prinzip.

Es erübrigt jetzt noch die Begründung unseres letzten Satzes: die rechtskräftigen Feststellungen des Thatbestandes wirken nicht bloß zwischen den Prozeßparteien, sondern auch unbeschränkt gegen Dritte. Die Bedeutung der materiellen Rechtskraft haben wir oben darein gesetzt, daß durch richterlichen Ausspruch festgestellt wird, ob eine Thatsache wahr sei oder nicht; daraus folgt, daß die Frage nach der absoluten Rechtskraft des Thatbestandes nichts Anderes ist als eine Frage des Beweisrechtes, welche wir, um ihre praktische Bedeutung anschaulich zu machen, am besten so fassen: „Ist eine Partei, welche in einem Rechtsstreite den Richter von der Wahrheit einer bestrittenen Thatsache überzeugt hat, dann, wenn in einem spätern Prozesse gegen denselben oder einen anderen Gegner die Entscheidung von eben dieser Thatsache abhängt, verpflichtet, den Beweis für deren Wahrheit abermals anzutreten und zu führen, oder ist sie berechtigt, sich auf die Feststellung des früheren Urtheiles zu berufen?

Die herrschende Lehre verneint prinzipiell diese Berechtigung; wir bejahen sie, aber, wie wir wiederholt nachdrücklich betonen, nur mit der Beschränkung auf die in Folge kontradiktorischer Verhandlung erfolgten richterlichen Feststellungen; und weiter werden wir nach dem oben Ausgeführten kaum nöthig haben hervorzuheben, daß sich die Verpflichtung des Dritten, die Feststellungen des früheren Urtheiles als wahr gelten zu lassen, genau auf diese thatsächlichen Feststellungen beschränkt: die rechtlichen Folgerungen, welche der Richter aus denselben gezogen hat, braucht der Dritte nicht anzuerkennen, mögen sie richtig sein oder nicht; sind sie unrichtig, so liegt ein nichtiges Urtheil vor, welches nach dem oben Ausgeführten von vornherein auf die Rechte Dritter keine Wirkung hat; sind sie richtig, so bleibt es ihm immer noch ganz unbenommen, andere Thatsachen geltend zu machen, bei deren Hinzutritt sich die vom Richter aus dem zuvor festgestellten Faktum gezogenen Schlußfolgerungen als unrichtig erweisen. — Wir verzichten darauf, unsern Satz durch allgemeine Erwägungen zu begründen; die Anwendung desselben auf die einzelnen Rechtsgebiete wird am

besten ergeben, wie sehr derselbe in der Natur der Sache begründet ist; eben weil er nahezu selbstverständlich ist, muß sich auch der von uns in Aussicht gestellte Nachweis seiner Anerkennung durch die römischen Juristen mehr negativ als positiv gestalten: einer ausdrücklichen Bejahung begegnen wir nicht oft, einer Verneinung aber nie, und häufig bildet er die nichtausgesprochene Voraussetzung einer Entscheidung.

## 2) Die einzelnen Anwendungen.

## §. 14.

### a) Urtheil über Status- und Anerkennungsklagen.

Wir beginnen mit den sogen. Statusklagen, welchen in der hier in Frage kommenden Beziehung die vom (revidirten) Reichsprozeßentwurfe §. 218 im weitesten Umfange zugelassenen Anerkennungsklagen gleichstehen. Dieselben unterscheiden sich von anderen Klagen dadurch, daß das Urtheil darüber — um uns der kurzen lateinischen Ausdrücke zu bedienen — in Wahrheit nur eine pronuntiatio, keine condemnatio enthält. Wenn von einem Kinde auf Anerkennung der Vaterschaft, von einem Wechselinhaber auf Anerkennung der Aechtheit der Wechselunterschrift geklagt wird, so wird allerdings das Urtheil lauten: „Der Beklagte ist schuldig, den Kläger als seinem Sohne — den Wechsel als ächt anzuerkennen.“ Allein liegt hier ein vollstreckbarer, erzwingbarer Befehl (vgl. oben §. 1) vor? Solange man nicht für das bürgerliche Recht unfehlbare Richter einsetzt, welche durch Anwendung der Folter den Beklagten zwingen, einen seinem Herzen fremden Glauben zu bekennen, solange kann der Beklagte wohl gezwungen werden, den Kläger zu alimentiren, den Wechsel zu bezahlen, niemals aber kann man ihn zwingen zu glauben, daß der Wechsel oder der Wechselbalg ächt seien! — Und kann denn in der absoluten Rechtskraft eines solchen Urtheiles (soweit sie überhaupt zu bejahen ist) irgend etwas Singuläres gefunden werden? Wir erinnern nur an das oben §. 4 benutzte Beispiel der zuerst gegen den Acceptanten eines Wechsels, hernach gegen dessen Bürgen angestellten Klage: wenn im ersten Prozesse die Aechtheit der Unterschrift des Acceptanten auf Grund der Aussage von Zeugen, welche ihn haben unterschreiben sehen, rechtskräftig bejaht worden ist, so kann es doch dem Bürgen nimmermehr gestattet sein, seine Verbindlichkeit deßhalb zu bestreiten, weil die Unterschrift des Acceptanten doch nicht ächt sei, und dadurch dem Kläger, nachdem vielleicht inzwischen die Zeugen gestorben sind, den nunmehr unmöglichen Beweis der Aechtheit abermals aufzuladen: dies wäre aber die

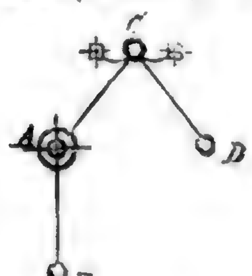
Konsequenz der Lehre: res judicata jus facit non nisi inter partes! Ebenso bei der Vaterschaftsklage: wozu sollte es führen, wenn nach Feststellung der Vaterschaft gegen den Vater der Bruder des Beklagten sie wieder mit Erfolg sollte in Abrede ziehen und der Sohn des Klägers wiederum mit Erfolg von Neuem gegen seinen Oheim sie sollte geltend machen dürfen?

Eine Besonderheit der Statusklagen, wohl auch der meisten Anerkennungsklagen ist die, daß die Entscheidung über sie in der Regel fast ausschließlich von der Entscheidung einer Thatfrage abhängig ist (so wird z. B. das Urtheil über die Vaterschaft in l. 1 §. 16 D de agnosc. liberis XXV, 3 von der Frage abhängig gemacht: an mulier ex eo praegnans sit); die Rechtsregeln, welche zur Anwendung kommen, sind gewöhnlich so einfach, daß ein Verstoß gegen sie kaum vorkommen wird; kommt ein solcher aber dennoch einmal vor und wird in Folge dessen ein nichtiges Urtheil ausgesprochen, so wäre es sicherlich keinem römischen Juristen eingefallen, einem solchen Urtheile Wirkung auch gegen Dritte zuzuschreiben. Wird z. B. eine Ehe am 1. Januar geschieden und bringt die geschiedene Frau am 1. Dezember desselben Jahres ein Kind zur Welt, so ist es rechtlich gewiß, daß der geschiedene Mann nicht der legitime Vater des Kindes ist; würde in diesem Falle ein Richter auf die Klage des Kindes dennoch die eheliche Vaterschaft bejahen und der Vater das Urtheil rechtskräftig werden lassen, so müßte er allerdings das Kind als das seinige gelten lassen und es alimentiren, allein die legitimen Kinder des Vaters wären niemals gehalten, dasselbe als consanguineus anzuerkennen. — Die andere Beschränkung, welcher die Rechtskraft der Feststellungen des Thatbestandes nach dem oben Gesagten unterliegt: daß nämlich Dritte, welche dasselbe Recht für sich in Anspruch nehmen, nicht gehindert sind, die zur Begründung ihres Rechtes dienenden neuen Thatsachen geltend zu machen, diese Beschränkung wird auch von einzelnen Vertretern der herrschenden Lehre ausdrücklich anerkannt; vgl. z. B. Wächter, württemb. Privatrecht II. S. 571; Windscheid, Pandekten §. 132 n. 7; während Savigny und Andere, z. B. Wetzell, Civilprozeß §. 47 n. 38, aus dieser in den römischen Rechtsquellen wiederholt hervorgehobenen Beschränkung irrig folgern, daß bei anderen als der auf Anerkennung der Paternität gerichteten Statusklagen das Urtheil überhaupt nicht (also auch nicht die blos thatsächlichen Feststellungen) gegen Dritte wirke.

## §. 15.

### b) Urtheil über das Erbrecht.

Den Statusklagen am nächsten verwandt ist die Erbschaftsklage; der Anspruch und die ihm stattgebende Verurtheilung ist bei derselben gerichtet auf Herausgabe der Erbschaft; präjudiziell aber ist die Feststellung, daß der Kläger Erbe, bzw. besserberechtigter Erbe als der Beklagte sei. — Die herrschende Lehre geht nun für das römische wie für das heutige Recht dahin: wenn A. mit der Erbschaftsklage gegen N. durchgedrungen sei, so nütze ihn dieses Urtheil in einem späteren Prozesse gegen T. absolut nichts, er müsse diesem gegenüber ganz von Neuem sein Erbrecht beweisen. Dieselbe beruft sich namentlich auf l. 12 D de jurejurando, wo allerdings gesagt ist: „si petiissem a te hereditatem, et probassem meam, nihilominus ab altero petendo id ipsum probare necesse haberem.“ Allein wie die Worte zeigen, ist hier nicht vom Beweise konkreter Thatsachen die Rede, welchen Kläger abermals führen soll, sondern der Jurist sagt blos: „Wenn A. auch mit der Erbschaftsklage gegen B. durchgedrungen ist, so kann er sich, wenn in der Folge ein Erbschaftsstreit zwischen ihm und C. ausbricht, nicht auf das zwischen ihm und B. ergangene Urtheil berufen, sondern muß auch dem C. gegenüber beweisen, daß er der wahre Erbe sei“; darüber, wie er diesen Beweis führen müsse und ob er sich zu diesem Behufe auf solche Thatsachen berufen dürfe, welche in dem früheren Prozesse rechtskräftig festgestellt worden sind, spricht sich der Jurist gar nicht aus, wie denn überhaupt streng genommen nicht von einem Beweise des Erbrechtes, sondern nur von einem Beweise derjenigen Thatsachen die Rede sein kann, aus welchen durch juristische Folgerung das Erbrecht sich ergiebt. Die Berufung auf frühere Feststellungen solcher Thatsachen konnte aber der Jurist um so weniger ausschließen wollen, als er damit etwas positiv Falsches ausgesprochen hätte. Nach nebenstehendem Schema hat A. an (an sich) erbberechtigten Verwandten hinterlassen einen Sohn (B), seinen Vater (C) und einen halbbürtigen Bruder (D). B. stellt gegen C. die Erbschaftsklage an, C. wendet ein, B. sei kein legitimer Sohn des A. (ein Einwand, der namentlich dann vorkommen kann, wenn B. ein postumus, A. daher nicht in der Lage war, ihn anzuerkennen); vom Richter wird aber festgestellt, daß B. vor Ablauf des zehnten Monates seit dem Tode seines Vaters geboren und darum für



dessen legitimen Sohn zu halten sei, und C. wird demgemäß verurtheilt; wollte nun D., gleichfalls von B. mit der Erbschaftsklage belangt, abermals die illegitime Geburt des B. geltend machen und wollte dem B. der nochmalige Beweis der legitimen Geburt zugemuthet werden, so würde dies geradezu gegen den Satz verstoßen, daß das Urtheil über die legitime oder illegitime Geburt eines Kindes inter omnes rechtskräftig werde. Was der Jurist sagen will, ist vielmehr blos dies: „wenn der Vater C. mit der Erbschaftsklage gegen den Halbbruder D. durchgedrungen ist, weil er dem Richter sein besseres Erbrecht dargethan hat, so folgt daraus nicht, daß er mit dieser Klage auch gegen den Sohn B. durchdringt".

Ganz in derselben Weise ist aber auch in anderen Fällen die Rechtskraft der Feststellungen des Thatbestandes Dritten gegenüber anzuerkennen, und zwar auch solchen Dritten gegenüber, welche selbst ein Erbrecht in Anspruch nehmen. Zwei Beispiele mögen dies, zugleich aber auch den Unterschied zwischen unserer und der herrschenden Lehre veranschaulichen. — Erster Fall: A. stirbt mit Hinterlassung des Intestaterben B. und eines äußerlich fehlerlosen Testamentes, worin er den C. und D. je zur Hälfte zu Erben einsetzt; B. gelangt in den Besitz des Nachlasses, C. stellt gegen ihn die Erbschaftsklage auf Herausgabe der halben Erbschaft an; B. behauptet aber und führt durch ärztliche Gutachten den Beweis, daß A. zur Zeit der Testamentserrichtung vollständig wahnsinnig oder blödsinnig gewesen sei. In Folge dessen erklärt der Richter das Testament für nichtig und C. wird abgewiesen. Nach 20 Jahren kommt D. etwa aus Amerika zurück, findet das Testament und klagt gegen B. auf Herausgabe der anderen Hälfte der Erbschaft; B. beruft sich wieder auf die Nichtigkeit des Testamentes, allein die Aerzte des A. sind inzwischen gestorben und der Beweis der Geisteskrankheit kann von B. nicht mehr geführt werden. Nach der herrschenden Lehre hat dies zur Folge, daß B. die halbe Erbschaft, als vom *blödsinnigen* A. herrührend, behalten darf, die andere Hälfte aber, als vom vernünftigen A. stammend, herausgeben muß; nach vernünftiger Auffassung dagegen muß gesagt werden: vor 20 Jahren ist festgestellt worden, daß A. blödsinnig war, darum ist dies auch heute gewiß, und deshalb wird auch D. abgewiesen, *er würde denn beweisen*, daß jene Feststellung auf einer Kollusion beruht, daß die Aerzte von B. bestochen waren und dgl. — Zweiter Fall: die Verhältnisse sind dieselben, nur macht der Intestaterbe einen andern Nichtigkeitsgrund

geltend, er behauptet z. B., der Erblasser sei noch nicht testamentsmündig gewesen; der Richter stellt fest, daß A. zur Zeit der Testamentserrichtung 18 Jahre alt war, und erklärt auf Grund dieser Feststellung das Testament für nichtig; C. beruhigt sich bei der Sentenz, später tritt D. auf; kann B. ihm die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstellen? Gewiß nicht! Der Thatbestand des zwischen A. und C. gefällten Urtheiles wird freilich auch ihm gegenüber rechtskräftig, nicht aber die irrige rechtliche Folgerung, welche der Richter daraus gezogen hat. — Die herrschende Lehre mußte freilich geneigt sein, beide Fälle gleich zu behandeln; der „objektive Entscheidungsgrund" war ja in beiden Fällen der Ausspruch des Richters: „das Testament ist nichtig"; wollte man der „Rechtskraft der objektiven Entscheidungsgründe" Wirkung auch gegen Dritte zuschreiben, so hätte im einen wie im anderen Falle auf Abweisung des D. erkannt werden müssen; dieses Urtheil wäre aber im zweiten Falle entschieden falsch gewesen, und daraus ergab sich: „die objektiven Entscheidungsgründe sind der Rechtskraft gegen Dritte nicht fähig"; und hieraus wurde weiter gefolgert: „also äußert das Urtheil auf Dritte überhaupt keine Wirkung."

Die Feststellungen des Thatbestandes des zwischen zwei Erbprätendenten, insbesondere also auch des zwischen dem Intestaterben und dem Testamentserben ergangenen Urtheiles werden wie gegen alle anderen Dritten, so auch gegen Legatare, Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner rechtskräftig; daraus folgt zunächst für alle Fälle eines rechtsgültigen Urtheiles (im Gegensatze zum materiell nichtigen Urtheile), daß die Erbschaftsgläubiger sich nur an den obsiegenden Prätendenten halten dürfen, und daß die Legatare leer ausgehen, wenn der Testamentserbe unterliegt; allein vielfach ist von den römischen Juristen ausgesprochen — und zwar keineswegs als Singularität —, daß das Recht der Legatare abhängig sei von dem Obsiegen des Testamentserben, daß sie ihres Rechtes auch dann verlustig werden, wenn diesem die Erbschaft per injuriam, durch materiell nichtiges Urtheil entrissen wird, wofern das Urtheil nur nicht auf contumacia oder auf Kollusion des Testamentserben mit dem Intestaterben beruht. Hier reicht nun allerdings die Rechtskraft des Thatbestandes zur Erklärung nicht aus, wir werden diese vielmehr in einer anderen, (oben §. 12 c am E.) angedeuteten Richtung zu suchen haben. — Der Richter im Erbschaftsprozesse (wir denken hierbei stets an einen Rechtsstreit zweier Erbprätendenten, nicht an die historische Besonderheit der römischen

hereditatis petitio gegen den bloßen possessor, den praedo) spricht aus: A. ist Erbe, B. ist nicht Erbe; dieser Ausspruch bildet einen Theil der Entscheidung und schafft in dem oftbemerkten Sinne Recht; diese Recht schaffende Wirkung haben wir der Entscheidung nur für die Zukunft zugeschrieben, und es könnte nun scheinen, als ob die Rechtskonsequenz dazu führen müßte zu sagen: Ist das Testament durch Rechtsirrthum des Richters für ungültig erklärt worden, so war es doch bis zum Momente der Urtheilsfällung gültig, es ist also auch das Recht der Legatare zur Existenz gelangt, und bestehende Rechte sollen ja durch das förmliche Recht, welches die Entscheidung schafft, nicht alterirt werden. Der Schwierigkeit wird auch nicht dadurch begegnet, daß der Satz herbeigezogen wird: der Testamentserbe habe Legate nicht über den Betrag der Erbschaft hinaus zu entrichten. Damit wäre immer noch nicht erklärt, warum die bereits bezahlten Legate nach ausgesprochener Vernichtung des Testamentes sei es vom Testaments-, sei es vom Intestaterben zurückgefordert werden können (cf. l. 8, §. 16 D. de inoff. test.), ebensowenig, warum der Legatar, dem eine bestimmte Sache vermacht ist, diese Sache nicht unter Berufung auf das gültige Testament jedem Besitzer abfordern kann; der Grund hierfür liegt darin: der Ausspruch des Präsens: „A. ist Erbe, B. ist nicht Erbe“ hat, wie oben bemerkt wurde, rückwirkende Kraft, er involvirt den Ausspruch des Präteritum: „A. ist Erbe geworden, B. ist nicht Erbe geworden“ es wird nicht, wie in einem Eigenthumsprozesse, das Erbrecht des A. vom Momente des Urtheiles an geschaffen das Erbrecht des B. von da an vernichtet, sondern A. muß als unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers, also von dessen Tode an, gedacht, und von B. muß in gleicher Weise angenommen werden, er sei niemals Rechtsnachfolger, Erbe desselben gewesen; nun ist aber die Bedingung für die Gültigkeit der Legate nicht allein die Gültigkeit des Testamentes, sondern die Thatsache, daß der eingesetzte Erbe wirklich aus dem Testamente Erbe geworden sei (daher die Bestimmungen des Ediktes: si quis omissa causa testamenti etc. D. 29, 4); mit dem Urtheile im Erbschaftsprozesse ist der Nichteintritt dieser Bedingung gewiß geworden, und darum wird mit dem gegen den Testamentserben ergehenden Urtheil auch das Recht der Legatare schlechthin hinfällig. — Die praktische Bedeutung dieser Sätze läßt sich kurz mit den Worten bezeichnen: den Legataren gegenüber hat die Entscheidung: „A. ist Erbe, B. ist nicht Erbe“ die Bedeutung einer

richterlichen Feststellung des Thatbestandes; weil sie aber an dieser Feststellung ein rechtliches Interesse haben, sofern dieselbe präjudiziell für ihr eigenes Recht ist, dürfen sie an dem Streite zwischen dem Testaments- und dem Intestaterben sich als (Neben-) Intervenienten betheiligen.

Auch für das Rechtsverhältniß der Erbschaftsgläubiger und der Erbschaftsschuldner ist die Entscheidung darüber, wer Erbe sei, präjudiziell, aber augenscheinlich in ganz anderer Weise, als für die Legatare; bei diesen ist der Bestand ihres Rechtes von dem Erbrechte des einen oder andern Prätendenten abhängig; der Erbschaftsgläubiger dagegen bleibt Gläubiger und der Erbschaftsschuldner bleibt Schuldner, mag der Testaments- oder der Intestaterbe obsiegen; weder der Gläubiger noch der Schuldner hat ein rechtliches Interesse daran, daß der eine oder der andere Prätendent obsiege; wenn Savigny sagt: „es könnte für die Gläubiger gefährlich werden, unbedingt an den siegenden Theil verwiesen zu werden, weil dieser vielleicht zahlungsunfähig sein könne", so müssen wir fragen: welches Recht haben denn die Erbschaftsgläubiger darauf, daß die Erbschaft nicht an einen zahlungsunfähigen Erben komme? Gerade so wenig Recht wie die Gläubiger des zahlungsunfähigen Erben darauf haben, daß diesem die reiche Erbschaft zufalle; und sicherlich hat noch nie ein Richter die Nebenintervention der einen oder der andern Gläubigerschaft im Erbschaftsprozesse zugelassen; übrigens ist noch zu bemerken, daß das von Savigny hervorgehobene faktische Interesse der Erbschaftsgläubiger ganz ausreichend durch das ihnen zustehende beneficium separationis gewahrt erscheint, welches wohl in alle deutsche Gesetzgebungen übergegangen ist. — Also wie gesagt: mögen noch soviel Erbprätendenten sich um die Erbschaft streiten, der Erbschaftsgläubiger weiß, daß er jedenfalls Zahlung erhält, der Erschaftsschuldner, daß er jedenfalls Zahlung leisten muß; das Interesse des einen und des andern besteht nur darin zu wissen, von wem er dieselbe zu empfangen, an wen er solche zu leisten hat. Auf diese Fragen giebt nun das Urtheil im Erbschaftsprozesse zunächst wenigstens eine ganz bestimmte Antwort negativen Inhaltes: Der Gläubiger darf nicht von demjenigen fordern —, der Schuldner nicht an denjenigen zahlen, welchem das Erbrecht aberkannt worden ist. — Eine ausdrückliche Bestätigung dieses Satzes durch Aussprüche römischer Juristen sind wir freilich nicht im Stande anzuführen; denn daran, daß deutsche Gelehrsamkeit einmal die gesunde Vernunft soweit

verleugnen werde, um dem unterlegenen Erbprätendenten das Recht zur Ausklagung der Erbschaftsschuldner und die Verpflichtung zur Bezahlung der Erbschaftsgläubiger beizulegen, daran konnten die römischen Juristen nicht denken; dieses Recht und diese Verpflichtung sind aber die unabweislichen Konsequenzen der herrschenden Savigny'schen Lehre, daß das Urtheil auf Dritte keinerlei Wirkung äußere. Stillschweigend vorausgesetzt ist jedoch der Satz in zahlreichen Stellen, welche die Frage behandeln, wie es zu halten sei, wenn der besiegte Besitzer der Erbschaft sei es während, sei es vor dem Prozesse Erbschaftsgläubiger bezahlt hat: vgl. darüber z. B. Vangerow, Pandekten (6. Aufl.) §. 508. Hier ist überall gesagt, daß der Besitzer das Gezahlte dem obsiegenden Erben in Abzug bringen und dabei nur, wenn die Zahlung vor dem Prozesse erfolgte, seine condictio indebiti abtreten müsse; und nirgends ist mit einer Silbe erwähnt, daß dies eine Ausnahme leide, wenn der Besitzer in Wahrheit Erbe gewesen und nur per injuriam unterlegen sei. — Etwas weiteres aber, als daß der unterlegene Prätendent nicht Erbe sei, wird durch das Urtheil für die Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner nicht festgestellt; zwar für die Gläubiger ist dies von geringem Belang, denn derjenige, welcher behauptet Erbe zu sein, (mag er sich für sein Erbrecht auf ein Urtheil berufen können oder nicht) muß die Schulden der Erbschaft natürlich bezahlen und gegen eine condictio indebiti, wenn demselben die Erbschaft abgestritten wird, ist der Gläubiger dadurch geschützt, daß nach dem soeben Gesagten der Unterlegene die Zahlung dem Obsiegenden aufrechnen darf; dürfte er dies aber auch nicht und dürfte, bzw. müßte er demgemäß das Gezahlte als ein indebitum vom Gläubiger zurückfordern, so hätte dieser ja immer noch seine Klage gegen den wahren Erben. — Viel mißlicher ist die Stellung des Erbschaftsschuldners; wir haben oben gesehen: das Urtheil, welches einem von mehreren Prätendenten die Erbschaft zuerkennt, macht diesen nicht zum Erben, wenn er es nicht ist, sondern spricht nur aus, daß sein Erbrecht besser sei, als das seines Gegners, nicht aber auch, daß es besser sei, als dasjenige eines jeden dritten Prätendenten. Wenn also der Schuldner an den obsiegenden Prätendenten zahlt, so ist er damit noch keineswegs unbedingt von seiner Schuld befreit; sobald der Dritte beweist, daß ihm das beste Erbrecht zur Seite stehe, muß der Schuldner nochmals zahlen, wenn nicht etwa der Dritte das zuvor Bezahlte von dem früher Obsiegenden erhoben hat; zu diesem Versuche

soll aber der Dritte nicht einmal genöthigt werden können (vgl. Vangerow a. a. O. Bd. II. S. 412), und so ist der Schuldner auf den zweifelhaften Erfolg der condictio indebiti gegen den ersten Empfänger beschränkt; daraus ergiebt sich, daß der Erbschaftsschuldner, welcher vom obsiegenden Erben belangt wird, zwar nicht die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes des Urtheiles, welches diesem die Erbschaft zuspricht (denn diese Feststellungen muß ja auch jeder spätere Prätendent anerkennen), wohl aber sowohl die Vollständigkeit des Thatbestandes als auch die Richtigkeit der daraus vom Richter gezogenen Folgerungen anfechten darf, um darzuthun, daß weder der Beklagte noch der Kläger im Erbschaftsprozesse der wahre Erbe sei; denn „die Behauptung, der Einwand des Beklagten, ein Dritter sei der nähere Verwandte, sei als exceptio de jure tertii gar nicht zulässig, bedarf keiner Widerlegung“: Windscheid, Pandekten (§. 615 Anmerk. 13.)

Wie verhält es sich, wenn der unterlegene Erbprätendent vor Beginn des Erbschaftsprozesses eine Erbschaftssache veräußert (verkauft, verpfändet, verschenkt) hat? Hier ist zunächst soviel gewiß, daß der obsiegende Erbe, auch wenn er wirklich Erbe ist, 1) gegen den Besitzer niemals die Erbschaftsklage, sondern nur eine Singularklage, also namentlich eine Vindikation anstellen darf, weil die Erbschaftsklage (außer gegen den praedo) nur gegen denjenigen angestellt werden darf, welcher selbst Erbe zu sein behauptet —, daß aber 2) die Singularklage des wahren Erben nur da ausgeschlossen ist, wo dem Autor des Besitzers durch eine Regreßklage des letzteren Schaden drohen würde. Von praktischer Bedeutung ist folglich nur die Frage, ob der nicht regreßberechtigte Besitzer die Vindikation des obsiegenden Erben mit Berufung darauf zurückweisen kann, daß der Erbschaftsprozeß falsch entschieden, das in demselben ergangene Urtheil materiell nichtig sei. Die Frage wird nach römischem Rechte zu bejahen sein; denn eben damit, daß dem Erben gegen den dritten Besitzer, auch wenn er seinen Besitz von einem anderen Erbprätendenten ableitet, die Erbschaftsklage nicht, sondern nur die Vindikation eingeräumt wird, ist ausgesprochen, daß die mit rückwirkender Kraft ausgestattete Entscheidung der Frage: „wer ist Erbe?“ den dritten Besitzer nicht berühren —, daß dieser vielmehr berechtigt sein soll zu fragen, wer der wirkiche Eigenthümer der einzelnen Sache war; und hier findet die oben (§. 12 c) gemachte Bemerkung Anwendung, daß durch das zwischen zwei Erb-

prätendenten gefällte materiell nichtige Urtheil der obsiegende nicht Universal-Successor des unterlegenen, wohl aber Singular-Successor in Beziehung auf die einzelnen zur Erbschaft gehörigen körperlichen Sachen werde: diese Singular-Succession tritt aber erst mit dem Urtheile ein und äußert auf begründete Rechte Dritter keine Wirkung; damit stimmt auch überein eine Entscheidung Papinians in l. 3 pr. D. de pignoribus.

## §. 16.

### c) Urtheil über dingliche Rechte.

Einfacher als auf dem Gebiete des Erbrechtes gestaltet sich die Anwendung unseres Satzes, daß die rechtskräftigen Feststellungen des Thatbestandes unbeschränkt auch gegen Dritte wirken, auf dem Gebiete der dinglichen Rechte. Wir haben oben gesehen: durch die im Urtheile ausgesprochene Entscheidung werden die Rechte Dritter nie berührt; wird in dem Eigenthumsprozesse zwischen A. und N. per injuriam judicis dem A. das Eigenthum ab- und dem N. dasselbe zugesprochen, so schadet das Urtheil weder demjenigen, welcher selbst Eigenthümer zu sein behauptet, noch demjenigen, welchem von dem wahren Eigenthümer ein Recht an der Sache eingeräumt war. Anders verhält es sich mit den Wirkungen der rechtskräftigen Feststellungen des Thatbestandes: zwar derjenige, welcher das zwischen den Prozeßparteien streitig gewesene Recht selbst für sich in Anspruch nimmt, wird durch diese Feststellungen nicht im Mindesten berührt; dagegen sind dieselben von unmittelbarem rechtlichem Interesse für Denjenigen, welcher ein Recht an der Sache von einem der um die Sache selbst streitenden Theile ableitet, dessen Recht also durch das Recht einer der beiden Parteien bedingt ist. Es hat daher wohl der letztere, nicht aber auch der erstere ein dringendes rechtliches Interesse daran, an dem Rechtsstreite der beiden Parteien Theil zu nehmen; und eine wahre Theilnahme am Prozesse ist denn auch blos die sogen. Nebenintervention,*) bei welcher der Intervenient erklärt, daß die Sache des Intervenienten auch seine Sache sei; unterläßt der hierzu Berechtigte die

*) Die Bezeichnung „Neben-Intervention" ist eine sprachliche Verkehrtheit, Intervention ist Dazwischentritt, und es ist nicht möglich, gleichzeitig zwischen die Streitenden und neben einen derselben zu treten; in der zweideutigen Sprache der Politik bedeutet Intervention oft die Einmischung zu Gunsten eines Streitenden unter dem Scheine der Unparteilichkeit; die Sprache des Rechtes soll Zweideutigkeiten vermeiden. Die Neben-Intervention ließe sich kurz und gut als Anschluß oder Beitritt bezeichnen, die Haupt-Intervention möge man in Ermangelung eines passenden deutschen Ausdruckes immerhin Intervention nennen.

Nebenintervention, so kann diese Unterlassung für ihn verhängnißvoll werden; das Unterlassen einer möglichen Hauptintervention dagegen kann dem Rechte des Betreffenden nicht schaden; denn die Wahrheit oder Unwahrheit derjenigen Thatsachen, auf welchen sein von dem Rechte der einen oder der andern Partei durchaus unabhängiges Recht beruht, kann durch das zwischen diesen Parteien ergehende Urtheil niemals festgestellt werden. Unterstellen wir z. B. folgenden Fall:

Ein Mündelgrundstück wird ohne obervormundschaftliche Genehmigung verkauft; der Käufer stirbt, es wird in seinen Nachlaß die gesetzliche Erbfolge eröffnet, der Erbe verschenkt das Grundstück; erst später kommt ein Testament des Käufers zum Vorschein, und der eingesetzte Testamentserbe vindizirt das Grundstück von dem Beschenkten; dieser wendet ein, er habe durch Ersitzung Eigenthum erworben; durch richterliches Urtheil wird festgestellt, daß er seit mehr als zehn Jahren im Besitze des Grundstückes sei, und der Testamentserbe wird abgewiesen, „weil der Beklagte durch Ersitzung Eigenthümer geworden sei.“ Nun tritt aber gegen diesen der Mündel auf; wird dieser mit seiner Vindikation durchdringen? Gewiß! Denn das frühere Urtheil zwischen dem Beklagten und dem Testamentserben ist zwar formell ganz in Ordnung, allein das Recht des Mündels wird durch den Ausspruch: der Beklagte sei Eigenthümer, nicht im Geringsten affizirt; er läßt die Feststellungen des Thatbestandes jenes Urtheiles ganz unangefochten, ebenso die Folgerungen, welche der Richter aus diesem Thatbestande gezogen hat; aber er macht eine neue Thatsache geltend, welche in dem früheren Prozesse gar nicht zur Sprache gebracht werden konnte: den Mangel der obervormundschaftlichen Genehmigung bei dem Verkaufe; nun lautet der ergänzte Thatbestand des früheren Urtheiles: „Der Beklagte hat vor mehr als zehn Jahren ein Grundstück durch Schenkung erworben, welches auf den Schenker durch vermeintlichen Erbgang von demjenigen übergegangen ist, der dasselbe von einer Pflegschaft ohne obervormundschaftliche Genehmigung erworben hatte;“ und nun sind die Entscheidungsgründe des früheren Urtheiles: „zehnjähriger titulirter (gutgläubiger) Besitz einer Sache verschafft Eigenthum“, nicht mehr richtig, denn die dem Veräußerungsverbote unterliegenden Mündelsachen sind der ordentlichen Ersitzung entzogen. Im früheren Rechtsstreite hätte dieser letztere Rechtssatz wohl in keinem Fall herbeigezogen werden dürfen; es konnte dies versucht werden, wenn z. B. die Ersitzungszeit noch nicht abgelaufen war, oder wenn dem Beschenkten die Rolle

des Klägers gegen den im Besitze befindlichen Testamentserben zugefallen wäre; im ersten Falle konnte der Beschenkte, im zweiten Falle der Testamentserbe geltend machen wollen: dem Gegner stehe ja selbst kein Eigenthum zu, es müsse also der Satz zur Anwendung kommen: in pari causa potior est causa possidentis, allein diese Einwendung mußte als exceptio de jure tertii zurückgewiesen werden.

Wir stellen diesem Falle einen andern gegenüber, bei welchem sich für die Rechtskraft des Thatbestandes die mannichfaltigsten Anwendungen ergeben. — A. als Eigenthümer des Grundstückes X. beansprucht ein Ueberfahrtsrecht über das Grundstück Y., über dessen Eigenthum zwischen N. und T. Streit ist; N. und T. bestreiten beide auch den Anspruch des A.; es kommt hier in Frage 1) die Wirkung des zwischen A. und N. (oder T.) ergangenen Urtheiles auf T. (oder N.), wenn der Servitutenprozeß dem Eigenthumsstreite vorausgegangen ist, 2) die Wirkung des zwischen N. und T. ergangenen Urtheiles auf A. bei umgekehrter Zeitfolge.

Zu 1) Wenn A. gegen N., welchen er und der sich für den Eigenthümer von Y. hielt, die konfessorische Klage mit Erfolg durchgeführt hat, muß auch T., nachdem er mit der Vindikation gegen N. durchgedrungen ist, das in dem Urtheile bejahte Ueberfahrtsrecht des A. anerkennen? Die herrschende Lehre wird diese Frage unbedingt verneinen, in Folge einer ähnlichen Argumentation, wie wir ihr oben (§. 15.) bei der Frage begegnet sind, welche Wirkungen die Feststellungen des Thatbestandes in dem Rechtsstreite zweier Erbprätendenten auf einen Dritten haben; sie wird auch hier fragen: kann den objektiven Entscheidungsgründen des Urtheiles zwischen A. und N. eine Wirkung auf T. beigemessen werden? Die „objektiven Entscheidungsgründe" lauten: „Dem A. als Eigenthümer des Grundstückes X. steht ein Ueberfahrtsrecht über das Grundstück Y. zu"; da es nun aber, wie wir sofort sehen werden, in manchen Fällen ganz verkehrt wäre, dieser zwischen A. und N. ergangenen Entscheidung (denn es liegt hier ein Urtheil, keine thatsächliche Feststellung vor) Wirkung auch dem T. gegenüber beizulegen, so folgert daraus die herrschende Lehre, daß die Entscheidungsgründe im älteren Sinne des Wortes, worunter auch der Thatbestand des modernen Prozesses begriffen ist, Dritten gegenüber in keinem Theile, in keiner Beziehung rechtskräftig werden, das Urtheil also gegen Dritte immer ohne Wirkung sei. Nun ist freilich nicht jener objektive Entscheidungsgrund, wohl aber ist der der Entscheidung zu Grunde liegende Thatbestand der materiellen Rechtskraft auch

gegenüber dem T. fähig, und dieser Thatbestand kann ein verschiedener —, und es können die daraus für T. sich ergebenden Folgerungen verschiedene sein. — Hat der Richter im Servitutenprozesse als Thatbestand festgestellt: „N. hat dem A. für sich und seine Nachfolger im Besitze von X. die Befugniß eingeräumt, über sein, des N., Grundstück Y. zu fahren," so mag diese Feststellung immerhin richtig sein; allein für T. ist sie unerheblich, wenn er die Wahrheit solcher Thatsachen zu beweisen vermag, aus welchen sich ergiebt, daß er, und nicht N., zu der Zeit, als dieser dem A. die Dienstbarkeit bestellte, Eigenthümer von Y. war. — Wurde dagegen im Thatbestande richterlich als erwiesen festgestellt: „Die Eigenthümer von X. sind seit unvordenklicher Zeit in thatsächlichem Besitze eines Ueberfahrtsrechtes über Y. gewesen," so wirkt diese Feststellung gegen T. gerade so wie gegen N; denn obwohl dieser als Nichteigenthümer dem Grundstücke Y. keine Dienstbarkeit auflegen konnte, so war er doch, ehe T. ihm dasselbe abstritt, dem A. gegenüber der rechte, ja der einzig mögliche Beklagte im Servitutenprozesse; die konfessorische Klage wird so zu sagen gegen das dienende Grundstück selbst angestellt; wenn A. dieselbe gegen N. als Besitzer von Y. erhebt, T. aber das Eigenthum an Y. beansprucht, so hat T. nicht am Obsiegen der Person des N., sondern nur daran ein Interesse, daß das Grundstück nicht mit einer Servitut belastet werde; die Theilnahme am Prozesse wird ihm nicht verweigert werden können, sie erscheint aber nicht sowohl als Neben-, sondern als Hauptintervention; gegen N. stellt er die Vindikation, gegen A. die negatorische Klage an, zu deren Anstellung nur der Eigenthümer befugt ist; dem Dienstbarkeitskläger stehen daher jetzt zwei Gegner gegenüber, und auf Antrag desselben wird wohl — entsprechend den Bestimmungen der württemb. Prozeßordnung Art. 327 Abs. 3, und des revidirten Reichsprozeßentwurfes §. 224 — der neu auftretende Gegner (T.) für verpflichtet erachtet werden müssen, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen: eine im Wesen der Grunddienstbarkeiten begründete Abweichung von den sonst über die Hauptintervention geltenden Grundsätzen.

Zu 2.) Ist der Eigenthumsstreit zwischen N. und T. anhängig, und beansprucht A. die Dienstbarkeit aus einem vom Rechte des Einen und des Anderen unabhängigen Grunde, (er behauptet z. B. sie sei ihm von Demjenigen bestellt worden, von welchem sowohl N. als T. ihr Recht ableiten), so berühren ihn selbstverständlich alle zwischen den

Parteien ergehenden Feststellungen nicht, und er ist weder zu einer Haupt- noch zu einer Nebenintervention berechtigt. — Leitet er aber sein Recht von einer der Parteien ab, dann wird, auch wenn diese Partei selbst ihm das Recht bestreitetet, die Neben-Intervention stets für zuläßig, wenn auch nicht immer für nothwendig behufs Erhaltung seines Rechtes erscheinen. Nicht nothwendig ist sie nach dem oben (§§. 12 a, 5) Ausgeführten dann, wenn die Entscheidung des Eigenthumsstreites lediglich von einer Rechtsfrage abhängt, z. B. von der Frage, ob die feststehende Zeit, während welcher der Konstituent der Dienstbarkeit das streitige dienende Grundstück besessen hat, zur Ersitzung ausreiche: hier kann zwischen N. und T. unrichtig entschieden, aber nichts Thatsächliches, was das Recht des A. berühren würde, festgestellt werden. Nothwendig ist die Nebenintervention, wenn die Entscheidung des Eigenthumsrechtes von einer thatsächlichen Feststellung abhängt; nehmen wir an, sowohl N., von welchem A. seine Dienstbarkeit bestellt erhalten haben will, als auch T., haben das streitige Grundstück von demselben früheren Eigenthümer erkauft und dieser hat auch den Einen wie den Anderen in den Besitz eingewiesen; die Frage, welcher von beiden Eigenthümer geworden und welcher betrogen ist, hängt einzig davon ab, an wen die Sache zuerst übergeben worden ist (vgl. Windscheid, Pandekten §. 199 a. E.): wird durch das Urtheil festgestellt, daß die Uebergabe zuerst an T. erfolgt ist, so ergiebt sich daraus mit Nothwendigkeit, daß N. nie Eigenthümer war, also auch keine Dienstbarkeit an der Sache bestellen konnte. Die Nothwendigkeit, dieser Feststellung rückwirkende Kraft, d. i. Wirkung auch gegen Dritte beizulegen, ist hier dieselbe, wie bei den Feststellungen eines Urtheiles über Status- und Anerkennungsklagen, sie ist ein Postulat der Rechtssicherheit, welcher es widerstreitet, wenn dieselbe Thatsache, welche heute für wahr erklärt worden ist, morgen für unwahr und übermorgen abermals für wahr erklärt werden dürfte; in Fällen offenbarer Ungerechtigkeit (vgl. oben §. 3.) ist ja immer noch Abhülfe durch das Rechtsmittel der Wiederaufnahmeklage möglich.

Wie aber verhält es sich mit der Nothwendigkeit der Intervention bei folgender Gestaltung unseres Falles: N., der Besteller der Dienstbarkeit, ist seit Jahren im Besitze des Grundstückes; T. vindizirt es und weist sein Eigenthum nach; N. beruft sich auf Ersitzung, der Beweis für seinen 10- oder 30jährigen Besitz gelingt ihm aber nicht und er wird zur Herausgabe verurtheilt, indem vom Richter festgestellt wird:

es sei nur ein 8- oder 20jähriger Besitz erwiesen. Nun ist aber A. im Stande zu beweisen, daß N. als Besitzer ihm die Dienstbarkeit oder ein Pfandrecht schon vor 11 oder 31 Jahren bestellt hat; soll hier A., wenn er die Intervention unterlassen hat, durch das Urtheil seines Rechtes verlustig werden? Die verneinende Antwort ergiebt sich für das gemeine Recht aus l. 3 pr. de pignoribus; steht nun diese Verneinung nicht im Widerspruche mit unserem Satze, daß die Feststellungen des Thatbestandes, hier die Feststellung des nur 8jährigen Besitzes des N., rechtskräftig werden gegen Jedermann? — Der scheinbare Widerspruch verschwindet, wenn wir uns das oben (§. 3 a. E.) über das non-liquet-Urtheil Bemerkte ins Gedächtniß zurückrufen: Die Aberkennung eines Anspruches erfolgt hier bloß auf Grund der Fiktion, daß eine nicht erwiesene Thatsache nicht wahr sei, während an sich die Schlußfolgerung: „weil nicht bewiesen ist, daß A. die Sache zehn Jahre lang justo titulo etc. besessen hat, so ist A. nicht Eigenthümer," eine falsche, ein formell nichtiges, ein gegen die Gesetze des Denkens verstoßendes Urtheil ist. Daß die Wirkungen dieser Fiktion geradeso auf die Prozeßparteien beschränkt bleiben, wie die Wirkungen eines materiell nichtigen Urtheiles, ist sehr natürlich. In unserem Beispiele aber hat der Richter, obwohl er scheinbar eine positive Thatsache den (nur) achtjährigen Besitz des N. feststellt, in Wahrheit doch nur ein non-liquet ausgesprochen, nämlich den Beweis eines zehnjährigen Besitzes für nicht erbracht erklärt. — Daß auch eine Thatsache negativen Inhaltes Gegenstand der Beweisführung sein kann, ist heutzutage allgemein anerkannt; man denke nur an den Fall, daß ein Grundeigenthümer das Erlöschen einer ihn belastenden Servitut durch Nichtgebrauch behauptet; ebenso gewiß ist aber, daß ein solcher Beweis in den seltensten Fällen vollständig zu führen ist; der Ausspruch: „es ist nicht bewiesen, daß . . " ist thatsächlich sehr verschieden von dem Ausspruche: „es ist bewiesen, daß nicht", wenn die Gesetzgebung dem einen und dem anderen Ausspruche dennoch die gleiche Wirkung beilegt, und damit Beweisfälligkeit und Sachfälligkeit identifizirt, so darf dies nur mit zwei Beschränkungen geschehen: die Wirkung darf sich, wie schon bemerkt, rückwärts nicht über die Prozeßparteien hinaus erstrecken, und die Parteien selbst dürfen in der Benutzung aller Beweismittel, zumal der Eideszuschiebung nicht beschränkt werden; in dieser Beziehung verdient der Reichsprozeßentwurf, welcher die Wiederaufnahmeklage wegen neu entdeckter Thatsachen und Beweismittel

äußerst beschränkt, die Eideszuschiebung aber überall zuläßt, wo nicht voller Gegenbeweis erbracht ist, den Vorzug z. B. vor der württemb. Prozeßordnung, welche zwar die bezeichnete Restitution in ziemlichem Umfange zuläßt, dagegen aber dem Gerichte die bedenkliche Befugniß einräumt, „Eideszuschiebung über Thatumstände, welche als ganz unwahrscheinlich sich darstellen, als muthwillig zu verwerfen“: anstatt die Eideszuschiebung auszuschließen, weil sie wahrscheinlich muthwillig ist, erhebe man doch lieber die Unwahrheit der vom Deferenten behaupteten Thatsache zur Gewißheit und verhänge dann gegen den konstatirten Muthwillen entsprechende Strafe!

Was im Vorstehenden über die Wirkungen ausgeführt worden ist, welche die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes des über das Eigenthum ergangenen Urtheiles auf denjenigen ausüben, welcher an der streitigen Sache eine Dienstbarkeit beansprucht, eben das gilt auch*) für denjenigen, welcher ein Pfandrecht an der Sache zu haben behauptet: auch gegen ihn werden die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes in jenem Prozesse, aber auch nur diese, rechtskräftig, und darum ist die Intervention für ihn unter Umständen eine Nothwendigkeit; die herrschende Lehre zwar behauptet, das Urtheil im Eigenthumsprozesse berühre den Pfandgläubiger dann niemals, wenn die Verpfändung dem Urtheile vorausgegangen sei; allein die Aussprüche der römischen Juristen, auf welche Savigny sich beruft (l. 29 § 1, l. 11 §. 10 de exc. rei judic., l. 3 pr. de pignoribus), sagen dies keineswegs, sie sprechen nur aus: „Wenn der Schuldner, welcher eine Sache verpfändet hat, hernach mit einem Dritten über das Eigenthum an dieser Sache einen Prozeß führt und denselben verliert, so folgt daraus noch nicht die Hinfälligkeit des Rechtes des Pfandgläubigers“; und dieser Satz ist nach unserer Ausführung ebensowahr als nach der herrschenden Lehre. — Eine ausdrückliche Anerkennung

*) Es ist wohl kaum nöthig zu bemerken, daß wir hier nur diejenigen Sätze entwickeln, welche sich nach strenger Rechtskonsequenz aus dem Wesen des Urtheiles ergeben; durch die im öffentlichen Interesse gegebenen Bestimmungen der modernen Gesetzgebung über den Erwerb von Grundeigenthum und von dinglichen Rechten, insbesondere vom Pfandrechte an solchem, werden natürlich diese Sätze vielfach modifizirt; ihrer Entwickelung auch auf dem Gebiete der dinglichen Rechte wird darum nicht alle praktische Bedeutung abgesprochen werden können; die richtige Theorie hinsichtlich der Wirkungen des Urtheiles läßt sich eben an den dinglichen Rechten am besten entwickeln, und wenn nun auch die Sätze der Theorie auf diesem Gebiete überwiegend nur theoretische Bedeutung haben, so lassen sie sich dafür auf anderen Gebieten umsomehr praktisch verwerthen; andererseits ist es auch für die Gesetzgebung über die Rechte am Grundeigenthum nicht ohne Werth, wenn Klarheit darüber herrscht, inwiefern durch die neuen Bestimmungen das gemeine Recht geändert wird.

unserer Sätze im Gebiete des Pfandrechtes vermögen wir nun allerdings aus den Aussprüchen der römischen Juristen nicht nachzuweisen; allein wenn dieselben auch dabei stehen geblieben sein sollten, die Bedeutung der Einrede der abgeurtheilten Sache darein zu setzen daß durch sie der Inhalt eines früheren Urtheiles, d. h. einer früheren Entscheidung geltend gemacht werden sollte, so wäre dies, wie wir schon oben bemerkt haben, kein Grund für die heutige Gesetzgebung, um nicht noch einen Schritt weiter zu gehen und anzuerkennen, daß vor Allem die objektive Grundlage des früheren Urtheiles, d. i. der richterlich festgestellte Thatbestand desselben der Anfechtung in einem späteren Prozesse entzogen sein solle. Wir haben aber nicht einmal nöthig, einen auch nur theilweisen Widerspruch zwischen unseren Sätzen und dem römischen Rechte zuzugeben; wenn es uns gelungen ist nachzuweisen, daß die für das römische Recht auch von der herrschenden Lehre zugegebene Anerkennung der absoluten Rechtskraft des Thatbestandes bei den Urtheilen über Status- und Erbschaftsklagen keine Singularität ist und wenn sie von den römischen Juristen nirgends als eine solche behandelt wird, dann wird es Sache der herrschenden Lehre sein nachzuweisen, daß diese naturgemäße Anerkennung von eben diesen Juristen dem Thatbestande anderer Urtheile verweigert worden sei; und diesen Nachweis wird die herrschende Lehre niemals liefern.

## §. 17.

### d) Urtheil über persönliche Ansprüche.

Schließlich haben wir noch die Wirkung der Rechtskraft des Thatbestandes Dritten gegenüber auf dem Gebiete des Obligationenrechtes zu betrachten. Daß für die Wirkung des durch das Urtheil geschaffenen förmlichen Rechtes Dritten gegenüber hier kein Raum sei, wurde schon oben bemerkt (§. 12 a). Daß dagegen die rechtskräftigen Feststellungen des Thatbestandes auch für die Rechtsverhältnisse Dritter von Erheblichkeit seien, wird durch das Wesen der persönlichen Rechte nicht ausgeschlossen. Im klassischen römischen Rechte konnte übrigens die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles auf Dritte in Folge des Institutes der Prozeßkonsumtion nicht leicht zur Sprache kommen; im neuesten römischen Rechte ist dieses Institut aufgehoben; allein wenn auch Justinian verordnet, daß Bürgen und Correalschuldner nicht eher von ihrer Verbindlichkeit befreit werden sollen, als bis der verklagte Schuldner den Gläubiger befriedigt habe, so läßt sich hieraus noch nicht einmal ein Schluß darauf ableiten, ob die Bürgen u. s. w.

die thatsächlichen Feststellungen des gegen den Hauptschuldner ergangenen Urtheiles anerkennen müssen oder nicht; noch viel weniger darauf, ob ein den Schuldner absolvirendes Urtheil unbedingt auch den Bürgen u. s. w. zu gut komme. — Letztere Frage wird in allen denjenigen Fällen, wo der Schuldner absolvirt wird, weil die Schuld nicht oder nicht mehr existire, zu bejahen sein, aber nicht sowohl in Folge der über die Wirkungen der Rechtskraft geltenden Grundsätze, als in Folge des Wesens der persönlichen Ansprüche. Der Gläubiger hat gegen mehrere Korrealschuldner, bzw. gegen den Haupt-Schuldner und dessen Bürgen nur einen Anspruch; durch das Urtheil, welches ihn mit seiner Klage wegen Nichtexistenz des Anspruches abweist, wird dieser total vernichtet (vgl. oben §. 5), auch wenn das Urtheil ungerecht oder materiell nichtig war; es wäre daher mit dem Wesen der Korrealschuld unvereinbar, den (vernichteten) Anspruch gegen die am ersten Prozesse nicht betheiligten Mitschuldner weiter verfolgen zu lassen. Zu diesem — übrigens bestrittenen: vgl. Windscheid, Pandekten §. 295 n 8 — Ergebniß führt jedenfalls der (revid.) Entwurf der Reichsprozeßordnung (§§. 63, 66, 56); daß der Bürge oder Korrealschuldner ein rechtliches Interesse an dem Obsiegen des Haupt- oder Mitschuldners hat, wird sich, zumal nach der oben erwähnten Konstitution Justinians (l. 28 C de fidejuss.) nicht leugnen lassen; er muß demnach zur Nebenintervention zugelassen werden; und da er „aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde verpflichtet“ ist wie der Beklagte, so ist seine Stellung mit Nothwendigkeit die eines Streitgenossen; daraus ergiebt sich weiter, daß er gegen ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß, ein Rechtsmittel einlegen kann, und wenn dieses Erfolg hat, so versteht es sich wiederum von selbst, daß dieser Erfolg auch ihm gegenüber wirksam wird. — Dasselbe gilt von dem absolvirendem Urtheile in dem Falle einer aktiven Korrealobligation.

Nicht in derselben Weise wirkt die Einheit der Korrealobligation im Falle eines verurtheilenden Erkenntnisses; war die Schuld z. B. verjährt, der Richter hat aber in Folge Rechtsirrthumes die Einrede der Verjährung verworfen, so ist durch das nichtige Urtheil allerdings eine Obligation, aber nicht eine Korreal-Obligation entstanden, und der später belangte angebliche Mitschuldner ist in keiner Weise gehindert, sich wiederum auf die Verjährung zu berufen: die Entscheidung wirkt nicht gegen Korrealschuldner, so wenig wie gegen Solidar- oder Theilschuldner; darum aber dem verurtheilenden Erkenntnisse gegenüber den

am Prozesse nicht betheiligten Korrealschuldnern —, und dem freisprechenden oder verurtheilenden Erkenntnisse gegenüber den außerhalb des Prozesses stehenden Solidar- oder Theilschuldnern alle Wirkung absprechen zu wollen, wäre entschieden verkehrt; die richterlichen Feststellungen des Thatbestandes werden auch für und gegen sie rechtskräftig. Die herrschende Lehre scheint anderer Ansicht zu sein; Savigny (Bd. 6, S. 468) führt das Beispiel einer getheilten Obligation an: „Wenn ein Gläubiger oder Schuldner stirbt und mehrere Erben hinter„läßt, so geht auf jeden Erben ein Theil des Rechtsverhältnisses über, „welches dann Gegenstand eines selbstständigen Rechtsstreites für diesen „Erben werden kann. Das Urtheil über diesen Rechtsstreit soll „nun auf den dem andern Erben zukommenden Theil des „Rechtsverhältnisses keinen Einfluß haben, obgleich dieses „ursprünglich ein ungetrenntes Ganzes war, und daher die Gründe der „Entscheidung meist gemeinsame sein werden.“ Zum Belege führt Savigny eine Pandekten-Stelle an, in welcher gesagt ist: wenn gegen einen von mehreren Erben des Depositars geklagt worden sei, so könne mit Recht hernach noch gegen die übrigen geklagt werden, und die exceptio rei judicatae komme diesen nicht zu Statten. Allein damit ist denn doch wohl nicht mehr gesagt, als daß die übrigen Erben keine Einrede aus der zwischen dem Kläger und ihrem Miterben ergangenen Entscheidung ableiten, oder um in der Sprache des modernen Prozesses zu reden: die Vernehmlassung nicht unter Berufung auf die früher ergangene Entscheidung als auf eine prozeßhindernde Einrede ablehnen dürfen. Ist aber die Klage gegen den Miterben abgewiesen worden, weil derselbe den Beweis dafür erbracht hat, daß der Erblasser das Depositum dem Kläger bereits zurückgegeben oder daß dasselbe durch Zufall zu Grunde gegangen sei, so würde gewiß kein römischer Jurist die Miterben verurtheilt haben, wenn sie, mit derselben Klage belangt, aus irgend welchem Grunde (wegen des inzwischen erfolgten Todes von Zeugen und dgl.) den Beweis der Rückgabe oder des Unterganges nicht abermals zu führen vermochten. — Seither half man sich in solchen Fällen wohl damit, daß man eine Berufung auf die Akten des früheren Prozesses zuließ, in welchen die Angaben der gestorbenen Zeugen, der Inhalt einer verlorenen Urkunde u. s. w. in extenso wiedergegeben waren; im mündlichen Verfahren müßte die Zulässigkeit eines solchen Auskunftsmittels von vornherein bezweifelt werden; und selbst seine Möglichkeit fällt zu einem großen Theile hin-

weg, wenn die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens, wie dies der Reichsprozeßentwurf beabsichtigt, in der Weise durchgeführt wird, daß die Aussagen der Zeugen nicht mehr protokollirt, sondern nur das Resultat dieser Aussagen (also in unserem Falle die Thatsache der Zurückgabe, des Unterganges des Depositum) in den Thatbestand des Urtheiles aufgenommen wird. Wenn wirklich das für oder gegen den einen Theilschuldner ergangene Urtheil den andern Theilschuldner gar nicht berührt, so muß es dem Kläger zustehen zu sagen: „wie der frühere Richter zur Ueberzeugung von der Wahrheit dieser Thatsache gekommen ist, weiß ich nicht, er hat wohl die Zeugenaussagen falsch aufgefaßt; ich verlange, daß man die Zeugen abermals höre, vorher glaube ich an die Wahrheit der Thatsache nicht"; und wenn der zweite Theilschuldner die Zeugen nicht mehr zu stellen vermag, so muß der Richter ihn verurtheilen; wird aber je ein Richter hierzu sich entschließen? wird je eine Gesetzgebung ihn hierzu verpflichten wollen? — Und ebenso verhält es sich im Falle einer Verurtheilung: A. hat an B. Waaren verkauft, B. hat für Zahlung des Kaufpreises einen Bürgen C. gestellt; hernach verweigert B. die Zahlung, weil er die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waaren beanstandet; auf Grund des Gutachtens von Sachverständigen wird aber festgestellt, daß die Waare vertragsmäßig war; soll hier später C. die Erfüllung seiner Verbindlichkeit davon abhängig machen dürfen, daß A. abermals den Beweis der Empfangbarkeit der inzwischen längst verbrauchten Waaren liefert? Das Interesse der Bürgen, Korrealschuldner u. s. w. ist vollständig dadurch gewahrt, daß ihnen die (Neben-) Intervention in dem ersten Prozesse freisteht; und wir wiederholen hier: nur den auf Grund kontradiktorischer Verhandlung und Beweisverfahrens erfolgten richterlichen Feststellungen kommt die materielle Rechtskraft zu, nicht auch den Feststellungen eines Kontumacial-Urtheiles oder dem Thatbestande, sofern er Geständnisse und dgl. enthält.

Noch sind die Wirkungen der Rechtskraft in einem besonderen Falle des Obligationenrechtes zu berühren: Wenn dem Käufer die erkaufte Sache durch Richterspruch wegen eines Mangels im Rechte des Verkäufers abgesprochen wird, so steht dem Käufer der Regreß an den Verkäufer zu, jedoch liegt ihm die Verpflichtung zur Streitverkündigung ob; unterläßt er sie, so soll er nach der herrschenden (vgl. dagegen Windscheid, Pandekten §. 391 n. 12) Lehre den Regreß nur haben, wenn er beweist, daß der Verkäufer den Verlust des Prozesses nicht

würde haben anwenden können; und in keinem Falle soll er ihn haben, wenn ihm die Sache durch „ungerechtes" Urtheil (Windscheid a. a. O. nt. 8) entzogen worden ist. Daß aber hier unter „ungerechtem" Urtheile nicht das blos materiell ungerechte Urtheil in dem von uns gebrauchten Sinne, sondern das materiell nichtige, auf einem Rechtsirrthume des Richters beruhende Urtheil zu verstehen sei, dürfte nach den von dem Juristen in l. 51 pr. de evictionibus für die injuria gebrauchten Ausdrücken (imprudentia, sordes, stultitia judicis) außer Zweifel sein; daraus folgt, daß bei erfolgter Streitverkündigung nicht blos die Feststellungen des Thatbestandes gegen den Verkäufer rechtskräftig werden, sondern daß dieser auch, wenn er mit der Regreßklage belangt wird, die Vollständigkeit des Thatbestandes wenigstens insoweit nicht beanstanden darf, als es sich um Thatsachen handelt, welche er, nicht aber auch der Käufer, geltend zu machen in der Lage gewesen wäre. Hat dagegen der Käufer die Streitverkündigung unterlassen, so ist es wohl zu weit gegangen, wenn die herrschende Lehre ihm nun den nahezu unmöglichen Beweis auflegen will, daß der Prozeß auch unter Theilnahme des Verkäufers hätte verloren gehen müssen; vielmehr wird der Unterlassung nur die Folge beizumessen sein, daß der Verkäufer nunmehr dem klagenden Käufer gegenüber sich auch darauf berufen kann, daß er im Stande gewesen wäre solche Thatsachen anzuführen, bei deren Kenntniß der Richter anders entschieden hätte.

## §. 18.

## Schluß.

Fassen wir das Ergebniß unserer Erörterung in wenige Worte zusammen: auch für das heutige Recht müssen wir, wie für das klassische römische Recht, eine doppelte Funktion der Einrede der abgeurtheilten Sache unterscheiden, aber in ganz anderer Weise; das Urtheil welches durch kein Rechtsmittel (Berufung oder materielle Nichtigkeitsklage) angefochten werden kann, erzeugt

1) die Berufung auf die rechtskräftige Entscheidung d. h. auf das durch die Entscheidung geschaffene förmliche Recht,

2) die Berufung auf die rechtskräftigen Feststellungen, d. h. auf die durch den Thatbestand festgestellte materielle Wahrheit, auf den jeden Gegenbeweis ausschließenden Ausspruch des Richters darüber, welche Thatsachen wahr seien und welche nicht.

Die rechtskräftige Entscheidung wie die rechtskräftige Feststellung wird wirksam nicht blos zwischen den Prozeßparteien, sondern auch

gegenüber von Dritten, erstere für die Zukunft, letztere für die Vergangenheit; die Wirkung der rechtskräftigen Feststellung ist eine absolute, sie wirkt auch auf die — angeblichen — Rechte Dritter, welche eben darum zum Anschluß an eine der Prozeßparteien (zur Nebenintervention) berechtigt und, wenn sie vor möglichem Schaden sich bewahren wollen, genöthigt sind; die Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung ist nur eine relative, d. h. sie spricht nur aus, daß das Recht des Obsiegenden stärker sei, als das Recht des Unterlegenen, nicht aber, daß es absolut unanfechtbar, stärker sei, als das eines jeden Dritten; hält ein Dritter sein Recht für stärker, als das Recht beider Prozeßparteien, so hat er kraft positiver Gesetzesbestimmung das Recht zur (Haupt-) Intervention, eine Nöthigung hierzu besteht aber für ihn nicht.

# XV.
# Zur Verbesserung der deutschen Aktien-Gesetzgebung.

Von Herrn Dr. Wachtel in Leipzig.

---

Die Kodifikation des deutschen Handelsrechtes in dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche bezeichnet einen der bedeutsamsten Abschnitte deutscher Rechtsentwickelung. Die Wichtigkeit des Verkehrslebens für die Entwickelung der Völker nicht nur in ihren eigenen, inneren Angelegenheiten, sondern auch ihrer internationalen, politischen wie wirthschaftlichen, Beziehungen zu einander ist in diesem Jahrhundert so mächtig zu Tage getreten, daß die Nothwendigkeit besonderer gesetzlicher Bestimmungen über die von diesem Verkehre betroffenen Verhältnisse längst unbestritten ist. Auch daß diese den Verkehr regelnden Gesetze in möglichst weiten territorialen und legislativ-politischen Grenzen zu halten seien, wird kaum mehr von Jemand angefochten. Gehen doch bereits Einzelne so weit in ihren Ideen und Ansprüchen an die Gesetzgebung, daß sie die Herstellung eines internationalen Handels- und Wechselrechtes befürworten, ja für nothwendig erklären.

Es kann hier nicht meine Aufgabe sein, dergleichen weitausschauende Probleme, deren Ausführung, wenn überhaupt möglich, jedenfalls noch in weiter Ferne ruhen würde, der Kritik zu unterziehen. Ich will hier nur konstatiren, daß die Kodifikation des deutschen Handelsrechtes, wie sie endlich nach mehr als zwanzigjährigen, vergeblichen Versuchen durch die zu diesem Zwecke in Folge des Beschlusses des ehemaligen Bundestages vom 18. Dezember 1856 am 15. Januar 1857 zusammengetretene Konferenz in Nürnberg nach vierjähriger Thätigkeit derselben zu Stande und alsdann in fast sämmtlichen zum damaligen deutschen Bunde gehörigen Staaten zur Einführung kam, ein in der That unabweisbar gewordenes legislatorisches Bedürfniß befriedigte. Wie stark dies Bedürfniß nach einer einheitlichen deutschen

Handelsgesetzgebung war, dafür hat man einen Maßstab, wenn man erwägt, daß, — obgleich damals ein für ganz Deutschland gemeinschaftlicher gesetzgebender Faktor nicht vorhanden war — trotzdem das deutsche Handelsgesetzbuch in kürzester Frist in fast ganz Deutschland Geltung erlangte und so, wenn auch nicht formell, doch faktisch gemeines deutsches Recht wurde, obschon es überall als partikulares Recht eingeführt war. Diesem inneren Bedürfniß nach einer einheitlichen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Handels und Verkehres haben wir es auch zu verdanken, daß keiner der deutschen Partikularstaaten irgendwelche wesentliche Abänderungen an dem von der Nürnberger Konferenz ausgearbeiteten und vom Bundestage gutgeheißenen Entwurfe machte. Durch das Norddeutsche Bundesgesetz vom 5. Juni 1869, die Versailler Verträge vom 15. und 25. November 1870 und das deutsche Reichsgesetz vom 22. April 1871 wurde auch der letzte formelle Mangel bezüglich der einheitlichen Einführung und Geltung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches beseitigt und jetzt ist dasselbe gemeines deutsches Recht im vollen Sinne des Wortes.

Die Anerkennung, welche das deutsche Handelsgesetzbuch sowohl in den Kreisen des Handels, wie der maßgebenden Vertreter der Rechtswissenschaft, namentlich in Bezug auf seine Redaktion, und den praktischen Werth seiner Bestimmungen zu Anfang seines Erscheinens fast allgemein fand, wurde indeß sehr bald bezüglich einiger Abschnitte desselben angefochten Es waren dies vorzüglich im II. Buch der von der Kommanditgesellschaft auf Aktien handelnde zweite Abschnitt des zweiten Titels und der dritte Tittel, welcher von der Aktiengesellschaft handelt. Die Angriffe richteten sich hauptsächlich gegen diejenigen Bestimmungen, welche die Errichtung von Kommanditgesellschaften auf Aktien und von Aktiengesellschaften von der staatlichen Genehmigung abhängig machten und gingen ursprünglich weniger von Juristen, als vielmehr von den Vertretern der in der Wirthschaftslehre sogenannten „Manchestertheorie“ aus, derjenigen volkswirthschaftlichen Partei, welche auf allen wirthschaftlichen Gebieten vollste Freiheit fordert, als deren Dogma ihr bekanntes: „Laissez faire, laissez aller!“ verkündet und jede Einmischung und Beaufsichtigung des Staates in dergleichen Dingen, insbesondere was die Aktiengesellschaften betrifft, nicht nur für unnütz, sondern sogar für schädlich und gefährlich erklärt. Die lebhafte Agitation dieser Partei, welche bis vor Kurzem in wirthschaftlichen

Angelegenheiten in Deutschland dominirte, brachte es dahin, daß Koryphäen der Jurisprudenz sich eingehend mit dieser Frage beschäftigten und unter ihrer Aegide auf dem Juristentage in Heidelberg (1869) Beschlüsse gefaßt wurden, welche den Intentionen der Manchestermänner vollständig entsprachen, indem die Oberaufsicht des Staates über die Aktiengesellschaften entschieden verurtheilt wurde.

Es ist bekannt, daß die Verhandlungen und Beschlüsse des deutschen Juristentages auf die Rechtsentwickelung in Deutschland, zumal auf vorliegende Fragen der Gesetzgebung nicht ohne Einfluß sind. Dadurch und durch den Umstand, daß im norddeutschen Reichstage die Majorität der Abgeordneten nur allzu geneigt war, den Wortführern der in demselben stark vertretenen Manchesterpartei folgend in verba magistri jurare, erklärt sich das Zustandekommen des norddeutschen Bundesgesetzes vom 11. Juni 1870, welches die Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches über die Aktien- und Kommandit-Aktiengesellschaften ganz im Sinne der bezeichneten Partei wesentlich alterirte und modifizirte.

Man hat dem norddeutschen Reichstage vielfach den Vorwurf gemacht, bei seiner legislatorischen Thätigkeit mit allzugroßer Hast oft ohne gehörige Prüfung der Vorlagen vorgegangen zu sein. Es würde mir schlecht anstehen, wollte ich in diesen im Allgemeinen gegen eine gesetzgebende deutsche Versammlung erhobenen Vorwurf mit einstimmen. Was jedoch das Gesetz vom 11. Juni 1870 betrifft, so kann ich nicht umhin zu behaupten, daß mehrere und gerade sehr wichtige Bestimmungen in demselben nicht nur der rechtswissenschaftlichen Logik, sondern auch der praktischen Zweckmäßigkeit geradezu widersprechen. Die Folgen dieser Bestimmungen haben seit der kurzen Zeit ihrer Geltung sich bereits in so augenfälliger verderblicher Weise geäußert, daß alle wirthschaftlichen Kreise in Deutschland, die Einen mehr, die Anderen weniger, davon betroffen worden sind. Der schwere Mißbrauch, welcher mit der durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 bedeutend erweiterten Freiheit in der Gründung und Leitung von Aktiengesellschaften meist ungestraft getrieben werden konnte und getrieben wurde, ist zu notorisch, als daß ich nöthig hätte, mich des Weiteren darüber auszulassen. Hat doch der jetzige preußische Handelsminister selbst in einem unter dem 28. Mai d. J. an die Vorstände der preußischen Handelskammern erlassenen Cirkulare sich dahin ausgesprochen: „daß die Gründung und weitere Entwickelung der in die Form

der Aktiengesellschaft gekleideten gewerblichen Unternehmungen im Laufe der letzten Jahre nicht ohne erhebliche Ausschreitungen vor sich gegangen, hierdurch aber auch die Frage nahegelegt sei, ob nicht die durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 gegen Umgehungen, Täuschungen und andere Mißbräuche aufgerichteten Garantieen — unbeschadet der freien Bewegung des Verkehres — einer Erweiterung fähig und bedürftig seien." Zur Vorbereitung der Entscheidung über diese Frage wird die Mitwirkung der Organe des Handelsstandes in Anspruch genommen, indem der Handelsminister dieselben um Mittheilung von Vorschlägen ersucht, welche jedoch möglichst eng an bestimmte thatsächliche Vorgänge sich anknüpfen und auf eigene Erfahrungen gegründet sein sollen.

Man darf wohl die Frage aufwerfen, ob der preußische Handelsminister mit diesem Cirkulare an die Vorstände der Handelskammern sich, wie man zu sagen pflegt, an die richtige Adresse gewandt hat, da es bekannt ist, daß gerade unter den Mitgliedern der Handelskammern, den Vertretern der haute finance, sich nicht Wenige befinden, welche den stärksten Mißbrauch mit den durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 gewährten Freiheiten getrieben haben, von Solchen aber sich nicht erwarten läßt, daß sie in ihren Antworten sich selbst anklagen werden. In der That sind auch die mir bis jetzt zu Gesicht gekommenen Rückäußerungen der Handelskammern so rosenroth gefärbt, so voll des Lobes der bestehenden Aktiengesetzgebung, daß von dieser Seite geeignete Vorschläge zur Verbesserung derselben kaum zu erwarten sind.

Wie dem auch sei, — die Verbesserungs-Bedürftigkeit der deutschen Aktiengesetzgebung ist von einer gewiß für kompetent zu erachtenden Stelle öffentlich anerkannt. Es dürfte daher eine sowohl zeitgemäße, wie nützliche Aufgabe sein, sich mit dieser legislativen Frage zu beschäftigen.

Wenn man nun bedenkt, daß vor kaum drei Jahren erst ein in das Aktienwesen so tief eingreifendes Gesetz, wie dasjenige vom 11. Juni 1870, erlassen worden ist, die beklagenswerthen Ausschreitungen auf dem Gebiete des Aktienwesens aber gerade seit dieser Zeit in früher nicht gekannter Weise hervorgetreten sind, so liegt die Schlußfolgerung nahe, daß die Bestimmungen des fraglichen Gesetzes selbst an diesen Ausschreitungen nicht geringe Schuld tragen. Und in der That hoffe ich im Nachfolgenden den Beweis zu liefern, daß einzelne Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Juni 1870 Ausschreitungen nicht

nur verschuldet, sondern geradezu provozirt haben. Daß bei solchen Erscheinungen — „die gegen Umgehungen, Täuschungen und andere Mißbräuche aufgerichteten Garantien einer Erweiterung fähig und bedürftig sind,“ — ist gewiß nicht zu bezweifeln; viel weniger aber dürfte es schwer fallen, diesen Ausschreitungen für die Zukunft dadurch vorzubeugen, daß man diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, welche sie hervorgerufen haben, zunächst wieder beseitigt. Freilich ganz unbeschadet der freien Bewegung des Verkehres wird dies kaum angehen, aber ich gestatte mir auch Zweifel an dem Werthe und der Berechtigung einer Freiheit zu äußern, welche die gewissenlose Habgier ungestraft zum wirthschaftlichen Ruin vieler Anderen, oft am Aktienwesen ganz unbetheiligter Personen ausbeuten kann, während sie dem in ehrlicher und gewissenhafter Weise an Aktien-Unternehmungen Betheiligten keine besonderen Vortheile gewährt. Wenn die wirthschaftliche Weisheit der Vertreter des „Laissez faire!“-Prinzips ihre letzten Konsequenzen in der Gesetzgebung ziehen dürfte, so würde schließlich jede Art des Erwerbes, welche nicht, wie offener Raub und Diebstahl, ohne Weiteres dem Strafgesetze unterfällt, zu rechtfertigen sein. Wie zwecklos aber würde dann die Gesetzgebung sich abmühen, Garantieen gegen Ausschreitungen auf dem Gebiete des Aktienwesens aufzurichten!

Offenheit und Klarheit der Verhältnisse sind die Vorbedingungen des Vertrauens, ohne welches eine gedeihliche Entwickelung von Handel und Verkehr nicht möglich ist. Demgemäß und in der Erkenntniß der allgemeinen, die Einzelinteressen überwiegenden, Bedeutung von Handel und Verkehr haben die Handelsgesetze aller Völker einen gewissen Grad von Publizität, die Einen mehr, die Anderen weniger, bezüglich der dem Handelsrechte unterfallenden thatsächlichen Verhältnisse erfordert. Dem deutschen Charakter und Rechtsbewußtsein entsprechend hat das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch das Erforderniß der Publicität in weitester Ausdehnung anerkannt und angeordnet. Es ist wohl kaum ein Titel desselben, in welchem dies Grundprinzip nicht in der einen oder anderen Bestimmung zu Tage träte. Ich weise nur auf die Oeffentlichkeit des Handelsregisters und auf die immer wiederkehrende Bestimmung des deutschen Handelsgesetzes hin, wonach alle irgendwie *wesentlichen*, die Geschäftserrichtung und den Geschäftsbetrieb des Einzelkaufmannes sowohl wie aller hauptsächlichen Arten von Handels- — bzw. Aktien-Gesellschaften (nur die stille Gesellschaft ist davon ausgenommen) betreffenden persönlichen wie sachlichen Verhältnisse in das

Handelsregister eingetragen und veröffentlicht werden müssen, ehe sie rechtliche Geltung erlangen.

In dies Grundprinzip der Oeffentlichkeit, diesen starken Wall gesunder wirthschaftlicher Zustände, hat das Gesetz vom 11. Juni 1870, welches bestimmt sein sollte, das deutsche Handelsgesetz zu verbessern, eine Bresche gelegt, welche alsbald von den lauernden Feinden soliden Handels und redlichen Erwerbes zu einem räuberischen Einfalle in alle wirthschaftlichen Gebiete benutzt wurde.

Ich meine die in den Artikeln 209a und 209b deseGesțzes vom 11. Juni 1870 enthaltenen Klauseln, welche eine Umgehung der sonst bei der Errichtung von Aktiengesellschaften bezüglich aller wichtigen Umstände und Beschlüsse erforderlichen Publizität in der leichtesten Weise ermöglichen.

Artikel 209a lautet:

„Nach der Zeichnung des Grundkapitales hat eine Generalversammlung der Aktionaire auf Grund der ihr vorzulegenden Bescheinigungen durch Beschluß festzustellen, daß das Grundkapital vollständig gezeichnet und daß mindestens zehn Prozent, bei Versicherungsgesellschaften mindestens zwanzig Prozent auf jede Aktie eingezahlt sind, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Aktionairen abgeschlossen und darin die Erfüllung jener Erfordernisse anerkannt ist.

Ueber den Beschluß ist eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufzunehmen."

Artikel 209b lautet:

„Wenn ein Aktionair eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde besteht, oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen, so ist in dem Gesellschaftsvertrage der Werth der Einlage oder des Vermögensstückes festzusetzen und die Zahl der Aktien oder der Preis zu bestimmen, welche für dieselben gewährt werden. Jeder zu Gunsten eines Aktionaires bedungene besondere Vortheil ist im Gesellschaftsvertrage gleichfalls festzusetzen.

Nach der Zeichnung des Grundkapitales muß in den Fällen, welche in dem vorstehenden Absatze bezeichnet sind, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Aktionairen abgeschlossen ist, die Genehmigung des Vertrages in einer General-Versammlung der Aktionaire durch Beschluß erfolgen u. s. w.

Durch diese in den vorstehend aufgeführten Paragraphen durch

gesperrte Schrift kenntlich gemachten Klauseln hat das Gesetz die „Gründer" förmlich darauf hingewiesen, mindestens ihnen die Möglichkeit offen gelassen, Alles das, was sie bei Errichtung einer Aktiengesellschaft zum Nachtheile der späteren (eigentlichen) Aktionaire unter sich und für sich abmachen wollten, im Geheimen zu beschließen und auszuführen, indem sie sämmtliche Aktien zeichneten und sodann, „sämmtliche Aktionaire" repräsentirend, die vorgeschriebene Generalversammlung abhielten, resp. den betreffenden Gesellschaftsvertrag abschlossen und darin anerkannten, daß den gesetzlichen Erfordernissen genügt sei. Natürlich, nichts einfacher als dies; konnten sie doch sagen: „Inter nos sumus augures!" —

In der bezeichneten gesetzlichen Ausnahmebestimmung liegt meines Erachtens eine vollständige Verkennung der rechtlichen Natur des Aktienwesens. Sie kann nur der gewiß irrigen Annahme entsprungen sein, daß wenn sämmtliche Aktionaire irgend Etwas im Geheimen beschließen und mit einander abmachen, dies keinen Anderen verletzen könne nach dem Grundsatze: — volentibus non fit injuria. Allein man hat dabei nicht nur die rechtliche Natur der Aktiengesellschaft, resp. der Aktie selbst, als des eigentlichen Repräsentanten der Rechte an die Aktiengesellschaft, sondern auch die praktische Erfahrung außer Acht gelassen, daß ein gänzlicher Wechsel der Aktionaire außerordentlich schnell jeder Zeit eintreten kann und regelmäßig kurz nach der Begründung der Aktiengesellschaft eintritt, indem die „sämmtlichen Aktionaire", die „ersten Zeichner" ja erst dann anfangen, ihren Zweck zu erreichen, d. h. an den Aktien Geld zu verdienen, wenn sie aufhören Aktionaire zu sein, weshalb sie sich meist ihres Besitzes an Aktien so rasch und so vollständig als möglich zu entäußern suchen. Die Käufer der Aktien und alle späteren Besitzer derselben aber werden in den seltensten Fällen in der Lage sein, von allen die Begründung der Aktiengesellschaft betreffenden Angelegenheiten, namentlich von den bestehenden geheimen Verträgen der „ersten Zeichner", der früher einmal „sämmtlichen Aktionaire" Kenntniß zu erhalten. Das so ominös gewordene Kapitel der „geheimen Verträge" bei Aktiengesellschaften ist durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 gewissermaßen legalisirt worden. Geheime Verträge widerstreiten aber ganz und gar der rechtlichen Natur des Aktienwesens. Denn, während bei allen anderen gesellschaftlichen Formen, welche das deutsche Handelsgesetz kennt, das persönliche Interesse der dabei Betheiligten wesentlich in den

Vordergrund tritt, wie solches auch in den Bestimmungen über die unbedingte- und unbeschränkte Haftpflicht der Theilnehmer an der offenen Handelsgesellschaft, sowie der persönlich haftenden Gesellschafter bei der Kommanditgesellschaft unzweifelhaft zum Ausdruck kommt, so existirt bei der Aktiengesellschaft ein derartiges oder ähnliches persönliches Moment durchaus nicht. Der Grundcharakter der Aktiengesellschaft prägt sich in der rein sachlichen Vereinigung der einzelnen, durchaus gleichen Kapitalantheile, der Aktienantheile zum Gesellschaftsfonds, zum Grundkapital, aus. Die Persönlichkeit des Aktionaires tritt gänzlich in den Hintergrund, von einer Haftbarkeit desselben über den Betrag seiner Aktienantheile hinaus ist überall nicht die Rede und so ist es eigentlich die Aktie selbst, das jeder Zeit übertragbare Dokument über einen Antheil am Gesellschaftsvermögen, welche die Rechte und Pflichten der Aktiengesellschaft repräsentirt. Die Generalversammlung der Aktionaire ist nichts als die Behufs rechtlicher Aeußerung nothwendige Personifikation des Gesellschaftskapitales, Vorstand und Aufsichtsrath die fortdauernde, zur Verwirklichung des Gesellschaftswillens nothwendige Repräsentation jener stets nur vorübergehend in die Erscheinung tretenden Personifikation des Gesellschaftskapitales durch die Generalversammlung der Aktionaire. Bei diesem so vollständigen Mangel eines persönlichen Elementes bei der Aktiengesellschaft, ist es meines Erachtens ein Verstoß gegen die juristische Logik, welcher in den bezeichneten Klauseln der Art. 209a und 209b des Gesetzes vom 11. Juni 1870 zu Tage tritt. Durch dieselben ist nämlich die Persönlichkeit der Aktionaire in eine, dem Wesen und Zwecke der Aktiengesellschaft vollständig widersprechende, rechtliche Position gebracht worden. Indem das Gesetz dann, „wenn der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Aktionairen abgeschlossen und darin die Erfüllung gesetzlicher Erfordernisse anerkannt ist," die sonst bezüglich aller wichtigen, die Aktiengesellschaft betreffenden Verhältnisse erforderte Publizität bezüglich der bei der Errichtung einer Aktiengesellschaft so außerordentlich wichtigen, in den Art. 209a und 209b behandelten Punkte lediglich in das Belieben der „Gründer", der „sämmtlichen Aktionaire" gestellt hat, hat es das Grundprinzip des Handelsgesetzbuches durch eine höchst unglückliche Ausnahme durchbrochen und so dem unsoliden Gebahren in der jetzt in so trauriger Weise beendeten Epoche der Gründung von Aktiengesellschaften selbst Vorschub geleistet.

Die rechtliche Natur des Aktienwesens erfordert vollste, ausnahmslose Publizität, denn bei dem heutigen Verkehre in Aktienwerthen wechselt das Publikum der Aktionaire an jedem Tage in mehr oder minder ausgedehnter Weise. Es muß daher nicht nur jeder jeweilige Aktionair, sondern Jedermann aus dem Publikum sich jeder Zeit volle Kenntniß über die einschlägigen Verhältnisse der Aktiengesellschaften verschaffen können. Die Aktien-Gesellschaften sind Institute von öffentlichem Charakter und allgemeiner, das wirthschaftliche Gesammtwohl interessirender Bedeutung. Ebenso, wie die Gesetzgebung fast aller civilisirten Völker die Gültigkeit einer Hypothek abhängig macht von deren Eintragung in die öffentlichen Grund- und Hypothekenbücher, durch deren Einsicht Jedermann sich genaue Kenntniß vom ungefähren Werthe und der Belastung eines Grundstückes verschaffen kann, ebenso und nach meiner Meinung in noch viel höherem Grade — da das Aktienwesen neuerdings für die Volkswirthschaft eine weit größere Bedeutung als das Hypothekenwesen erlangt hat — hat die Gesetzgebung die Aufgabe, für die größtmögliche Sicherheit auf dem Gebiete des Aktienwesens dadurch zu sorgen, daß sie die Gültigkeit aller auf ein Aktienunternehmen bezüglichen Verträge, selbstverständlich soweit sie nicht dessen eigenen Geschäftsbetrieb betreffen, namentlich aller dessen Errichtung und Leitung betreffenden Abmachungen von deren Eintragung im Handelsregister und auszugsweisen Veröffentlichung abhängig macht. Was würden selbst die Anhänger der Manchesterschule dazu sagen, wenn ein Hypothekengesetz, welches im Uebrigen die rechtliche Gültigkeit der Hypotheken von deren Eintragung im öffentlichen Grundbuche abhängig macht, eine Ausnahme gestatten würde, welche dahin ginge, daß der Grundstücks-Eigenthümer im Einverständnisse mit den Hypothekengläubigern Hypotheken an seinem Grundbesitze mit rechtlicher Wirksamkeit auch Dritten gegenüber bestellen könne, auch ohne daß sie im Hypothekenbuche eingetragen würden? Wäre damit nicht die ganze Oeffentlichkeit und die dadurch bedingte Sicherheit des Hypothekenwesens illusorisch gemacht? Ohne Zweifel! — Und ganz dasselbe haben die Ausnahmebestimmungen in den Art. 209a und 209b des Gesetzes vom 11. Juni 1870 auf dem Gebiete des Aktienwesens bewirkt. Es wird daher die Aufgabe der gesetzgebenden Faktoren des deutschen Reiches sein, im allgemeinen Interesse aller wirthschaftlichen Kreise Deutschlands — das Gesetz hat ja, wie ich oben ausgeführt, jetzt im gesammten Gebiete des deutschen Reiches Geltung erlangt —

die bezeichneten Ausnahmebestimmungen baldmöglichst wieder aufzuheben und dadurch weiterem durch dieselben ermöglichten Schaden für die Zukunft vorzubeugen. Niemand, welcher ein solides Unternehmen begründen und als Aktionair sich daran betheiligen will, kann und wird die Veröffentlichung der dasselbe betreffenden Verhältnisse und Verträge zu scheuen haben, der unsoliden Gebahrung aber soll und muß die Gesetzgebung, welche über den Interessen Aller zu wachen hat, sich entgegenstellen. Zwar bin ich nicht so sanguinisch zu glauben, daß, trotz aller Vorsorge der Gesetze, professionelle Betrüger nicht noch Auswege finden werden, welche unter Umständen eine Täuschung des Publikums ermöglichen; allein ich bin überzeugt, daß durch eine vom Gesetze zu erfordernde ausgedehnte und ausnahmslose Publizität nicht nur dem Publikum die Augen geöffnet, sondern auch den Gründern von Aktiengesellschaften heilsame Reserve auferlegt wird.

Mit der Beseitigung der mehrfach erwähnten Ausnahmebestimmungen der Art. 209a und 209b des Gesetzes vom 11. Juni 1870 allein würde jedoch die die Aktien-Gesetzgebung verbessernde Hand ihr Werk nicht vollendet haben. Ich gestatte mir daher im Nachfolgenden diejenigen Vorschläge zu machen und zu begründen, welche ich für geeignet halte, die bestehende Aktien-Gesetzgebung in, den faktischen Verhältnissen auf dem Gebiete des Aktienwesens entsprechender, heilsamer Weise zu reformiren. Ich verfolge dabei naturgemäß die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, werde aber auch diejenigen Punkte, welche der preußische Handelsminister in dem bereits erwähnten Cirkulare an die preußischen Handelskammmern vom 28. Mai d. J. berührt hat, in den Kreis meiner Betrachtungen ziehen.

Aus den oben bereits für die Nothwendigkeit einer ausgedehnten ausnahmslosen Publizität bezüglich aller bei der Errichtung einer Aktien-Gesellschaft wesentlichen Vorkommnisse angeführten Gründen geht mein nächster Vorschlag dahin:

Im Art. 209a des Gesetzes vom 11. Juni 1870 den Passus:
„sofern nicht der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Aktionären abgeschlossen und darin die Erfüllung jener Erfordernisse anerkannt ist;"

sowie im Art. 209b ibid. den Passus;
„sofern nicht der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Aktionären abgeschlossen ist"

zu streichen, dem Art. 209 ibid. jedoch noch eine Ziffer 13 anzufügen, welche etwa zu lauten hätte:

(Der Eingang des Art. 209 ist: „Der Gesellschaftsvertrag muß insbesondere bestimmen:“ folgen alsdann die zu bestimmenden Gegenstände unter Ziffern 1—12).

13) in den Fällen, in welchen der Art. 209 b dieses Gesetzes Anwendung findet, die in Gemäßheit dieses Artikels abgeschlossenen Verträge, resp. festgesetzten Bestimmungen.“

Ferner würde dem Art. 210 ibid. eine Ziffer 7 anzufügen sein, welche etwa lauten würde:

(Der Vordersatz ist: „Der (vom Handelsgerichte zu veröffentlichende) Auszug muß enthalten:“ folgen Ziffer 1—6.)

7) in den Fällen des Art. 209 b die in Gemäßheit dieses Artikels festgesetzten Bestimmungen.“

Der Art. 211 ibid. würde in folgender Weise zu ergänzen sein:

(Im nachfolgenden Texte des Art. 211 sind die zu ergänzenden Bestimmungen gesperrt gedruckt.)

„Vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister und im Auszuge erfolgter Veröffentlichung des Gesellschaftsvertrages besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht. Die vor der Eintragung und Veröffentlichung geschehene öffentliche Subskription auf Aktien oder Aktienantheile, sowie der Kauf, bzw. Verkauf von solchen hat keine rechtliche Wirksamkeit; die etwa ausgegebenen Aktien oder Aktienantheile sind nichtig. Die Ausgeber sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet. Wenn vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister und der auszugsweisen Veröffentlichung des Gesellschaftsvertrages im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.“

Diese ergänzenden Bestimmungen des Art. 211 sollen und werden verhindern, daß die zum Schutze des Publikums erforderliche Publizität eine halbe Maßregel bleibe, wie sie es bei der bloßen Eintragung in das Handelsregister erfahrungsgemäß ist. Das Handelsregister, obschon öffentlich und zu Jedermanns Einsicht bereit, wird doch von Wenigen nur benutzt werden können, um sich über die Verhältnisse einer Aktiengesellschaft zu informiren. Die faktische Unmöglichkeit, dasselbe Register, in welchem unter Umständen noch nach Hunderten zählende andere Eintragungen sich befinden, einer großen Anzahl der

verschiedensten Interessenten zu unterbreiten, die Schwierigkeit der Einsichtnahme für die vom Orte, wo das Handelsregister sich befindet, entfernt wohnenden Interessenten, Alles dies und noch verschiedene Nebenumstände lassen die Eintragung in das Handelsregister allein als dem Zwecke genügend nicht erscheinen. Nur die Veröffentlichung in den allem Publikum unbeschränkt zugänglichen Zeitungen erfüllt den Zweck voller Publizität. Von dieser in Verbindung mit der Eintragung ins Handelsregister dürfte daher die rechtliche Wirksamkeit der Publikanda abhängig zu machen sein. Um jedoch andererseits dem Vorwurfe zu begegnen, daß die Interessen der Gründer von Aktien-Gesellschaften dann allzusehr von der Willkür der mit der Führung des Handelsregisters betrauten Behörden abhängig seien, da diese die Veröffentlichung verhältnißmäßig lange Zeit hinausschieben könnten, dürfte es sich empfehlen im Art. 210 eine Maximalfrist (von vielleicht 4 Tagen) zu bestimmen, binnen welcher vom Tage der Eintragung in das Handelsregister an gerechnet, die Veröffentlichung im Auszuge zu erfolgen habe.

Endlich würde dem Vorstehenden entsprechend noch der Schluß des Art. 214 dahin zu ergänzen sein: „in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht ist.“

Trotz aller dieser weitreichenden Vorsichtsmaßregeln bezüglich der erforderlichen Oeffentlichkeit der die Errichtung einer Aktiengesellschaft betreffenden Umstände würde den gewissenlosen Gründern und Leitern von Aktiengesellschaften ein leichter Ausweg gerade zur unkontrolirten Ausführung derjenigen Operationen gelassen werden, welche die beste Gelegenheit zur Bereicherung der Gründer-Direktoren und Verwaltungsräthe auf Kosten des Gesellschaftsvermögens bieten. Ich meine die Manipulationen, welche bei der Erwerbung oder Vereinigung eines bereits bestehenden Geschäftes von, resp. mit der Aktiengesellschaft in der Regel zum Nachtheile der Letzteren den Kontrahenten bedeutende persönliche Vortheile sichern. Der Ausweg ist einfach der, daß das betreffende Geschäft, obgleich in allen seinen Theilen vollständig schon bei der Errichtung der Aktiengesellschaft in den meisten Fällen geplant und festgesetzt, doch erst nach der Errichtung und den mit derselben gesetzlich verbundenen Publikationen vom Vorstande der Aktiengesellschaft als ein internes, zum Geschäftsbetriebe gehöriges Geschäft im Namen der Aktiengesellschaft und für dieselbe abgeschlossen wird. Man weiß ja, daß regelmäßig die Statuten der Aktiengesellschaften den Erwerb

anderer Etablissements als mit zu den Zwecken der Gesellschaft gehörig aufführen. Diesem notorischen Mißstande dürfte einfach abgeholfen werden können, wenn man dem Art. 215 folgenden vierten Absatz hinzufügte:

„Alle Verträge, welche mit den Eigenthümern, Besitzern oder Vertretern eines mit der Aktiengesellschaft zu vereinigenden, oder von ihr zu erwerbenden Geschäftes oder Institutes (einer anderen Aktien-Gesellschaft) von dem Vorstande einer Aktiengesellschaft abgeschlossen werden, bedürfen der Genehmigung der Generalversammlung. So lange diese Genehmigung nicht ertheilt ist, haften die kontrahirenden Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft dem Mitkontrahenten nur persönlich für die Einhaltung des abgeschlossenen Vertrages."

Für gleichfalls ungenügend halte ich auch die Vorschriften des Art. 239. Dieser Artikel lautet:

„Der Vorstand ist verpflichtet, Sorge zu tragen, daß die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden. Er muß den Aktionären spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorlegen und solche innerhalb dieser Frist in der Form und in den öffentlichen Blättern, welche für die Bekanntmachungen der Gesellschaft in dem Gesellschaftsvertrage bestimmt sind, veröffentlichen.

Zur Entlastung des Vorstandes bei Legung der Rechnungen können Personen nicht bestellt werden, welche auf irgend eine Weise an der Geschäftsführung Theil nehmen.

Dieses Verbot bezieht sich nicht auf die Personen, welchen die Aufsicht über die Geschäftsführung zusteht."

Es ist nun genugsam bekannt, wie wenig diese Bestimmungen die Aktionäre und das sonst interessirte Publikum vor Schaden schützen. Nur wenige Aktiengesellschaften machen eine Ausnahme von der beliebten Praxis, die Bilanz erst unmittelbar vor der Generalversammlung, welche über deren Anerkennung beschließen soll, oder gar, wie es auch sehr häufig vorkommt, erst nach derselben, zu veröffentlichen. So ist eine ruhige, eingehende Prüfung der Bilanz *vor* der Generalversammlung nicht möglich und in derselben, wie bekannt, erst recht nicht.

Ich würde daher vorschlagen, dem Art. 239, Absatz 1, folgenden Zusatz zu geben:

„(veröffentlichen) und zwar mindestens vierzehn Tage vor demjenigen Tage, auf welchen die Generalversammlung, welcher

die Bilanz zur Prüfung und Beschlußfassung vorgelegt werden soll, berufen ist."

Dieser Zusatz würde verhüten, daß der Vorstand der Aktiengesellschaft der Generalversammlung mit der Bilanz gleichsam ins Gesicht springt und dadurch bei der regelmäßig den Generalversammlungen kurz zugemessenen Zeit eine ruhige, eingehende Prüfung der Bilanz von Seiten der Aktionäre vor deren Beschlußfassung über dieselbe unmöglich macht.

Auch Absatz II und III des Art. 239 halte ich für ungeeignet, beabsichtigte Täuschungen hinsichtlich der Prüfung der Bilanz und Entlastung des Vorstandes zu verhüten. Denn, wenn überhaupt den leitenden Organen der Gesellschaft nicht jeder Einfluß auf die Bestellung der revidirenden und kontrolirenden Personen benommen ist, so ist eine gewissenhafte, unparteiische Prüfung nicht gesichert. Sind doch die Personen, denen die Aufsicht über die Geschäftsführung zusteht (Verwaltungs- oder Aufsichtsrath) durch ihre Anrechte auf Tantièmen schon interessirt genug, um unter Umständen auch eine falsche Bilanz gutzuheißen.

Nach meiner Ansicht sollte das Gesetz eine dahingehende Bestimmung treffen:

„daß bei Legung der Rechnungen zur Entlastung des Vorstandes eine bei der Geschäftsführung der Aktiengesellschaft unbetheiligte Urkundsperson, (Notar, oder wo solche nicht existiren, eine Person von richterlicher Qualifikation) und ein Rechnungsverständiger zugezogen werden müssen."

Der Absatz III des Art. 239 aber wäre alsdann ganz zu streichen.

Diese von mir zur Erreichung größtmöglicher Publizität und Sicherheit auf dem Gebiete des Aktienwesens vorgeschlagenen Aenderungen und bzw. Ergänzungen der bestehenden Aktien-Gesetzgebung würden durch ihren Erfolg wirksamer sein als eine ganze Anzahl anderer, die Thätigkeit und den Gewinn der Gründer in thesi restringirender Bestimmungen, wie solche in dem bereits mehrfach erwähnten Cirkulare des preußischen Handelsministers vom 28. Mai d. J. in Erwägung genommen sind, welche aber praktisch weniger Erfolg haben würden. Denn, wenn dem Publikum die Möglichkeit geboten wird, alle die Aktiengesellschaften berührenden Verhältnisse kennen zu lernen, so kann und wird es selbst leicht und sicher sich vor Schaden und Betrug wahren können. Die Gesetzgebung aber hat nicht die Aufgabe und

würde, wenn sie ihr gestellt würde, sie nie erfüllen können, den Leichtsinn und die über das Maß des gewöhnlich Erlaubten hinausgehende urtheilslose Einfalt zu protegiren.

Immerhin aber lohnt es sich der Mühe, die einzelnen in dem beregten Cirkulare des preußischen Handelsministers hervorgehobenen Punkte zu beleuchten, so weit sie nicht schon in dem Vorstehenden ihre Erledigung gefunden haben.

Da wird zunächst die Frage angeregt: „ob nicht die illegitimen, mehrfach mittelst allerlei Scheinoperationen maßlos gesteigerten und der Oeffentlichkeit entzogenen Gründergewinne auf eine dem Risiko wenigstens annähernd entsprechende, jeden Falls aber dem öffentlichen Urtheile unterworfene Prämie zurückzuführen seien.“ Daß der Gründergewinn dem öffentlichen Urtheile zu unterwerfen ist, geht aus meinen obigen Ausführungen über die auf dem Gebiete des Aktienwesens erforderliche Publizität hervor; eine gesetzliche Fixirung desselben aber, etwa bis auf einen im Prozentverhältnisse zum Grundkapitale stehenden zulässigen Maximalbetrag, würde nur eine willkürliche Maßregel von sehr verschiedener Wirkung und zweifelhaftem Nutzen sein. Die professionellen Gründer würden die ihnen durch das Gesetz herabgeminderte Quantität des Nutzens durch die Quantität der Gründungen einzubringen suchen und eine Fluth von Aktiengesellschaften, welche nur ein ephemeres Dasein würden fristen können, wäre die Folge davon, während, wenn die Operationen und Gewinne der Gründer dem öffentlichen Urtheile unterworfen werden, Ausschreitungen nach dieser Richtung hin sich von selbst verbieten. — Ferner fragt der Herr Handelsminister, ob Unterscheidungen mit Rücksicht auf den speziellen Zweck des Unternehmens (Eisenbahn-Bau-Bank-Versicherungs-Bergbau-Hütten- und allgemeinen Handels-Unternehmungen) einzuführen seien und bemerkt dazu, daß, soweit das Eisenbahnwesen in Betracht komme, die erforderliche legislative Vorbereitung bereits gesichert sei.

Ich meine nun, daß wenigstens zur Zeit noch dergleichen prinzipielle Unterscheidungen nur willkürliche, ohne innere tiefere Begründung sein würden, da meines Erachtens die seitherigen Erfahrungen nicht ausreichen, um in der gesetzlichen Behandlung der Aktiengesellschaften dauernde, in der Natur der verschiedenen Unternehmungen begründete, Unterscheidungen machen zu können. Höchstens könnte man vielleicht bei Baugesellschaften als Vorbedingung ihrer Begründung den Nachweis erfordern, daß von den zuständigen Behörden die Erlaubniß zur

Bebauung des zunächst in Aussicht genommenen Baugrundes ertheilt sei und der Kostenanschlag für diese projektirten Bauten in einem gewissen Verhältnisse zum Aktienkapitale stehe.

Was weiter die Bestimmung im Art. 217 betrifft, so halte ich dieselbe für ausreichend, einer Veränderung oder Ergänzung nicht bedürftig und ebenso wie diejenige im Art. 222 Nr. 1 für wenig relevant. Was speziell die Letztere (Verbot der Ausgabe von Aktien vor Einzahlung des ganzen Nominalbetrages ꝛc.) betrifft, so hat man, wie mir scheint, dem äußeren Erscheinen des durch die Aktie repräsentirten Rechtes in der Aktien-Urkunde selbst eine viel größere praktische Bedeutung beigelegt, als es in der That hat. Ich brauche nur auf die notorische Thatsache hinzuweisen, daß der bei Weitem größte Theil des Verkehres in Aktien vor sich geht, ohne daß auch nur ein Stück seinen Besitzer wechselt, ja oft, ohne daß auch nur die Aktien-Urkunde selbst schon existirt. Ich wage zu behaupten, daß es für den Verkehr in Aktien und für das Aktienwesen selbst von sehr untergeordneter Bedeutung ist, ob Aktien, Interimsscheine, Certifikate u. s. w. vor, oder erst nach erfolgter Einzahlung des ganzen Nominalbetrages ausgegeben werden; ja, ich glaube fast, daß die durch die Bestimmung in Art. 222 Nr. 1 den Aktiengesellschaften, wie den Aktionairen verursachten Mühen und Kosten in keinem Verhältnisse zu dem sehr problematischen Nutzen der fraglichen Vorschrift stehen.

Unbedingt zu bejahen aber sind die weiteren Fragen: „Ob die Erhöhung des Grundkapitales mittelst Ausgabe neuer Aktien davon abhängig zu machen sei, daß der Nominalbetrag der Aktien früherer Emissionen bereits eingezahlt sei?“ — und — „Ob den für den Fall solcher Kapitalserhöhungen häufig zu Gunsten der Gründer oder ersten Aktionaire stipulirten Vorrechten entgegen getreten werden solle?“

Betrachtet man zunächst den Zweck und die Veranlassung der Vergrößerung des Grundkapitales, so können diese nur zweierlei Art sein: — entweder nämlich sind die Geschäfte der Aktiengesellschaft so gut, daß sie zu deren Ausdehnung und vollen Ausbeutung mehr Kapital sehr wohl nutzbringend verwenden, oder sie sind so schlecht, daß der Fortbestand der Gesellschaft nur durch neue Kapitalmittel ermöglicht werden kann. Nur im ersteren Falle wird daran zu denken sein, daß auf die neu zu emittirenden Aktien ein Agio gefordert werden

kann und nur dann werden Gründer und erste Zeichner Vorrechte geltend machen. Würde nun, so lange die Aktien früherer Emissionen noch nicht voll eingezahlt sind, doch eine Emission neuer Aktien gestattet werden, so würde dies nur im Interesse der Gründer oder ersten Zeichner geschehen können. Denn die Aktionaire haben durchaus kein Interesse daran, anstatt beispielsweise 100 Aktien mit voller Einzahlung deren 200 zu besitzen, von welchen 100 Stück mit 60, und 100 mit 40 Prozent eingezahlt sind. Im Gegentheil, jeder in diesen Verhältnissen praktisch Erfahrere weiß, daß regelmäßig jene 100 vollgezahlten Aktien unter im Uebrigen gleichen Verhältnissen einen höheren Kourswerth repräsentiren, als derselbe Betrag auf 200 Aktien vertheilt, weil regelmäßig Institute mit vollgezahlten Aktien ceteris paribus ein größeres Vertrauen genießen, als solche mit nur theilweise eingezahltem Aktienkapitale. Der eventuell zu vertheilende Gewinn wird ebenfalls auf eine vollgezahlte Aktie mindestens derselbe sein, wie auf zwei Aktien mit je 60 und 40 Prozent. Welches Interesse hätten also die Aktionaire, neue Aktien zu creiren, so lange sie die früher emittirten Aktien noch nicht vollgezahlt haben? — Ich gehe weiter und behaupte, daß selbst, wenn die Aktien erster Emission vollgezahlt sind, eine neue Emission von Aktien mit Agio vom Standpunkte der Aktionaire zwecklos erscheint. Denn im besten Falle, wenn Gründer und erste Zeichner von diesem Agio gar nichts bekommen, zahlen die Aktionaire auf einmal so viel aus ihrer Tasche zum Gewinn- und Reservefonds, als sie später nach und nach in kleinen Portionen aus denselben in Form größerer Dividenden wieder zurück erhalten: — eine gewiß unschädliche, aber auch unnütze Operation. Würde man aber entgegen halten, daß unter Umständen die älteren Aktionaire nicht sämmtlich im Stande seien, so viel Kapital aufzubringen, als zum Bezuge der neuen Aktien nöthig sein würde, so halte ich dem entgegen, daß erfahrungsgemäß für das sogenannte „Bezugsrecht“ stets die Differenz zwischen dem Emissionskourse und dem Börsenkourse bezahlt wird, der Aktionair also in dieser Weise seinen Nutzen realisiren kann. Im Uebrigen aber finde ich kein Unrecht darin, denjenigen Aktionair, welcher nicht im Stande ist durch Bezug neuer Aktien zur Ausdehnung und größeren Nutzbarmachung des Aktien-Unternehmens beizutragen, von dem aus diesen neuen Mitteln resultirenden Gewinne auszuschließen.

Es kann also lediglich das Interesse der Gründer oder ersten Zeichner, welche mit Vorrechten ausgerüstet sind, die Ausgabe neuer

Aktien vor erfolgter Vollzahlung der früher ausgegebenen und selbst nach erfolgter Vollzahlung die Ausgabe neuer Aktien mit Agio erheischen. In beiden Fällen würde der Vortheil der Gründer und ersten Zeichner dem der Aktionäre vorangestellt: — ein Mißverhältniß, welches eine gute Aktien-Gesetzgebung nicht dulden, geschweige denn begünstigen darf.

In dem anderen Falle, wenn das Grundkapital der Aktiengesellschaft durch Emission neuer Aktien vergrößert werden soll, weil wegen ungünstiger Geschäftsentwickelung der Fortbestand der Gesellschaft nur dadurch zu sichern ist, so werden da durchaus keine Gründervorrechte zum Vorscheine kommen. Was aber in solchem Falle die Aktionaire betrifft, so werden sie, so lange die Aktien früherer Emissionen nicht vollgezahlt sind, gar keine Veranlassung haben, die Summen welche sie der Erhaltung des Aktienunternehmens widmen wollen, in neu zu schaffende Aktien zu verwandeln, soweit die durch dieselben repräsentirte Summe nicht die noch einzuzahlenden Beträge übersteigt.

Durch vorstehende Ausführungen glaube ich nachgewiesen zu haben, daß die Aktien-Gesetzgebung die Aufgabe hat, die Erhöhung des Grundkapitales mittelst Ausgabe neuer Aktien davon abhängig zu machen, daß der Nominalbetrag der Aktien früherer Emissionen bereits ganz eingezahlt sei, sowie die Stipulation von Vorrechten zu Gunsten der Gründer oder ersten Zeichner für den Fall solcher Kapitalserhöhungen zu verbieten.

Dagegen halte ich es einerseits für bedenklich, andererseits für zwecklos in Bezug auf die Aufnahme von Anleihen durch Aktiengesellschaften beschränkende Bestimmungen vorzuschreiben. Denn die Aufnahme von Anlehen kann an und für sich ein sehr lukratives Geschäft involviren, wie ich beispielsweise von einer sehr wohl situirten Bank-Aktien-Gesellschaft aus jüngster Zeit weiß, daß sie ein mehrere Millionen Francs betragendes Anlehen bei einem französischen Bankinstitute auf längere Zeit zu 3 Prozent für das Jahr gemacht hat, um das Geld zu 12 bis 20 und noch mehr Prozent im Effekten-Belehnungsgeschäfte zu verwenden.

Für zwecklos aber halte ich beschränkende Bestimmungen hinsichtlich der Aufnahme von Anleihen um deswillen, weil eine Aktiengesellschaft mit gutem Kredit die Form des Anlehens gar nicht bedarf, um sich Geld zu verschaffen, eine solche mit schlechtem Kredit aber ohnehin ein erhebliches Anlehen nicht erhalten wird.

Allem und jedem Mißstande in der Geschäftsführung und inneren Organisation der Aktiengesellschaften vorzubeugen, oder, wo diese Mißstände schon vorhanden, sie vollständig zu beseitigen, dürfte die Gesetzgebung sich vergebens abmühen. So wird es auch nicht gelingen, den Generalversammlungen auf andere Weise eine höhere, ihrem gesetzlichen Zwecke entsprechende Bedeutung zu geben, resp. zu sichern, als durch die Wirkungen der von mir vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Erweiterung der Publizität, welchen nach meinem Dafürhalten hinsichtlich der bereits bestehenden Aktiengesellschaften rückwirkende Kraft beigelegt werden könnte und sollte. Ist doch der Umstand, daß Aktionaire ihre Aktien zur Verwendung in Generalversammlungen verpachten, bezeichnend genug für den Mangel von Verständniß des gesammten Aktienwesens und ihrer eigenen Interessen auf Seiten der Aktionaire.

Auch die Beschränkung der Stimmbefugniß der als Gesellschaftsorgane thätigen, oder der sonst in besonderer Weise bei einem bestimmten Berathungsgegenstande betheiligten Aktionaire dürfte erfolglos bleiben, da diese Aktionaire immer Personen finden werden, durch welche sie ihre Stimmen zur Geltung bringen können.

Endlich kann die Erweiterung der Sonderrechte des einzelnen Aktionaires, oder doch einer nicht die Majorität herstellenden Mehrzahl von Aktionairen, wodurch ihnen Schutz gegen willkürliche, oder künstlich herbeigeführte Majoritätsbeschlüsse und gegen gröbere Unregelmäßigkeiten in der Verwaltung gewährt werden soll, meiner Ansicht nach ohne Gefährdung des gesammten Aktienwesens in anderer Weise nicht erfolgen, als dadurch, daß man ein vollständig unabhängiges Organ schafft, bei welchem Proteste und Beschwerden der in ihren Rechten sich verletzt fühlenden Aktionaire anzubringen sind. Denn, es ist nicht zu läugnen, daß auf Seiten der Minorität ungerechte und unverständige Bestrebungen auftauchen und das Gesammtinteresse einer Aktiengesellschaft schädigen können.

Ein solches unabhängiges Organ würde ebenso, wie man ein Reichs-Eisenbahn-Amt geschaffen hat, in einem „Reichsamt für Aktienwesen“ herzustellen sein. Das Aktienwesen ist für die gesammte wirthschaftliche Entwickelung des deutschen Reiches von mindestens gleicher Bedeutung wie das Eisenbahnwesen, welches Letztere in gewisser Beziehung, soweit nicht Staatsbahnen in Betracht kommen, nur eine Unterabtheilung des allgemeinen Aktienwesens darstellt.

Diesem Reichsorgane würde die Oberaufsicht über alle Aktienunternehmungen im deutschen Reiche zustehen. Letzteres wäre in Bezirke einzutheilen. In jedem Bezirke würde die Vertretung des Centralorganes, dessen Sitz in der Reichshauptstadt sein würde, durch einen oder mehrere (je nach der Anzahl und Bedeutung der Aktienunternehmungen in den einzelnen Bezirken) ständige Kommissare ausgeübt werden. Diesen Kommissaren wäre zunächst die Aufgabe und Befugniß zu ertheilen, alle Aktienunternehmungen ihres Bezirkes kennen zu lernen, zu überwachen, besonders den Generalversammlungen derselben beizuwohnen; event. wäre ihnen auch eine kontrolirende Mitwirkung bei Aufstellung der Bilanzen zu sichern. Dann würden sie die erste Instanz für Beschwerden der Aktionäre bilden, gegen deren Entscheidungen Rekurs bei dem Centralamte in der Reichshauptstadt als einziger und letzter Rekursinstanz gestattet wäre. Diesen Kommissaren könnte man endlich die vollständige Führung der Handelsregister überweisen, welche nach meiner Ansicht zum Ressort von Gerichtsbehörden ohnehin nicht gehört.

---

Ich bin weit entfernt zu glauben, daß diese Abhandlung die vorliegende Frage erschöpfend und genügend beantworte. Eine Anzahl nicht unwesentlicher Punkte, wie z. B. die Frage über die Ausdehnung der Haftpflicht der Gründer und Leiter von Aktiengesellschaften, insbesondere die Frage über Erweiterung der für gesetzwidrige Handlungsweise jener Personen jetzt bestehenden strafrechtlichen Bestimmungen nach der civilrechtlichen Seite hin, event. auch über Verschärfung der jetzigen strafrechtlichen Bestimmungen, habe ich absichtlich unberührt gelassen, weil ich damit mich auf das Gebiet der Willkürlichkeiten in der Gesetzgebung begeben haben würde, auf welchem die Stimme des Einzelnen nichts gilt und nichts gelten soll. Dergleichen diktatorische Bestimmungen werden nur durch die übereinstimmende Willensäußerung der gesetzgebenden Faktoren gerechtfertigt und lassen, wie sie einerseits einer anderen Rechtfertigung nicht bedürfen, andererseits es nicht zu, den Maßstab der ratio legis an sie zu legen. Selbst nach ihrer gesetzlichen Feststellung wird die richterliche Ueberzeugung im konkreten Falle von größerer Bedeutung und wichtigerem Einflusse auf die Entscheidung sein müssen, als es die generalisirenden Vorschriften des Gesetzes sein können.

Es wird mir vielmehr vollständig genügen, durch meine vorste-

henden Auseinandersetzungen einiges Licht in die zum Theile mit Absicht noch sehr dunkel gehaltenen Partieen des Aktienwesens und der dasselbe betreffenden Gesetzgebung gebracht zu haben.

Die Möglichkeit und bezw. Nothwendigkeit einer solidarischen Verbindung der im Aktienwesen engagirten Kapitalkräfte zur Herbeiführung und Sicherung einer soliden Entwickelung des gesammten Aktienwesens werde ich an einer anderen Stelle darthun.*)

*) „Die Versicherung der Aktienrente" von Dr. Friedrich Wachtel, Leipzig, Verlag von Duncker und Humblot, ist inzwischen erschienen.

# Nachtrag.

Die Veröffentlichung vorstehender, bereits Anfangs Juli d. J. zum Druck fertigen, Abhandlung hat sich bis jetzt verzögert. Ich hätte gewünscht, daß sie noch vor Abhaltung des diesjährigen deutschen Juristentages, auf welchem über die Möglichkeit und bzw. Nothwendigkeit der Verbesserung der deutschen Aktien-Gesetzgebung verhandelt wurde, bekannt worden wäre. Auf dem Juristentage selbst habe ich vergeblich versucht für meine Anträge:

1) die Ausnahmebestimmungen in den Art. 209a und 209b des Allg. deutschen Handelsgesetzbuches (Ges. v. 11. Juni 1870) (s. S. 415 der vorstehenden Abhandlung) wieder zu beseitigen;
2) die Ausgabe neuer Aktien vor erfolgter Vollzahlung der Aktien früherer Emissionen; sowie
3) die Stipulation von Vorrechten der Gründer oder ersten Zeichner für den Fall der Ausgabe neuer Aktien Behufs Erhöhung des Grundkapitales zu verbieten; endlich
4) ein Reichsamt für Aktienwesen zu schaffen; (s. S. 504 der Abhandlung)

auch nur eine Stimme zu gewinnen. Vielleicht wäre das Schicksal meiner drei ersten Anträge ein anderes geworden, wenn ich in der Lage gewesen wäre, die Anträge der Herren Referenten und Korreferenten vor dem Beginne der Verhandlungen kennen zu lernen. Wenn es an sich schon mißlich ist, dergleichen weittragende Fragen, wie die über Verbesserung der Aktien-Gesetzgebung innerhalb der den Juristentagen zur Diskussion und Beschlußfassung so knapp zugemessenen Zeit flüchtig abzuhandeln, so ist dies noch viel mißlicher, wenn, wie dies seltsamer Weise gerade bei diesem so hochwichtigen Gegenstande der Fall war, eine gedruckte Vorlage, aus welcher man über den muthmaßlichen Gang der Verhandlungen und die zu erwartenden Anträge von Seiten des Referenten oder Korreferenten im Voraus sich einigermaßen hätte informiren können, nicht vorhanden war. Und doch waren beispielsweise schon

vor dem Juristentage dieses Jahres die zur Reform des Aktiengesellschaftswesens auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung zur Besprechung der sozialen Frage abgegebenen drei Gutachten der Herren Wiener, Dr. Goldschmidt und Dr. Behrend erschienen, obschon letztere Versammlung erst auf den 12. und 13. Oktober cr. anberaumt ist!!!

Die von dem 11. deutschen Juristentage bezüglich der Aktiengesetzgebung gefaßten Beschlüsse lauten nun (nach dem Protokolle):

„Zur thunlichsten Verhinderung unsolider Begründung oder mißbräuchlicher Verwaltung von Aktiengesellschaften empfiehlt es sich, die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen namentlich in folgenden Beziehungen zu ändern:

1) Die Gründer einer Aktiengesellschaft zu verpflichten, die für die Begründung wichtigsten Angaben, namentlich diejenigen über nicht in Geld bestehende Einlagen mittelst unterschriftlich vollzogener Prospekte kund zu geben.
2) Die Gründer ferner für jede veranlaßte Täuschung in Bezug auf das Vorhandensein und den Werth der Aktienzeichnungen, sowie in Bezug auf die geleisteten Einzahlungen verhaftet zu erklären.
3) Die Bestimmung aufzuheben, nach welcher es gestattet ist, nach erfolgter Einzahlung von 40 Prozent die Zeichner von Inhaber-Aktien von der Haftung für fernere Einzahlungen zu befreien.
4) Die Gerichte zu ermächtigen, jeder Zeit auf Antrag einzelner Aktionaire, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere anzuordnen, auch eine Untersuchung der Geschäftsführung zu veranlassen.
5) Auch dem einzelnen Aktionaire, soweit es sein Interesse erheischt, ein Klagerecht auf Innehaltung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über Geschäftsführung, Bilanz und Gewinnvertheilung zu gewähren.“

Man kann diesen Beschlüssen im Allgemeinen Zweckmäßigkeit nicht absprechen, allein von ihrer gesetzlichen Durchführung eine wesentliche Verbesserung des Aktiengesellschaftswesens zu erwarten, wäre nach meinem Dafürhalten zu sanguinisch. Die gesammte Tendenz dieser Beschlüsse unterscheidet sich wesentlich von der in meinen 3 ersten Anträgen enthaltenen dadurch, daß durch jene die Gründer eindringlicher als seither vor Betrug gewarnt werden sollen, während ich ihnen von vorn herein und ein für alle Mal die praktischen Gelegenheiten ent-

zogen haben will, bei welchen sie zum Nachtheile des Aktienunternehmens Betrug verüben können. Diese einzig möglichen Gelegenheiten sind die der Gründung und der Erhöhung des Grundkapitales.*) Wenn bei der Gründung Geheim- und Scheinverträge nicht mehr abgeschlossen werden können, weil ausnahmslos alle auf die Gründung bezüglichen Verhältnisse und Abmachungen im Gesellschaftsvertrage enthalten sein müssen, welcher der Behörde zur Genehmigung vorzulegen und von Letzterer im Auszuge zu veröffentlichen ist, so ist dem Betruge Thür und Thor verschlossen. Wenn das gesammte Publikum erfährt, was von und bzw. mit den Gründern abgemacht worden ist, so will ich denjenigen sehen, welcher sich durch Betheiligung an dem betreffenden Aktien-Unternehmen betrügen läßt. — Daß durch die Verpflichtung der Gründer zur Ausgabe wahrheitsgetreuer Prospekte mit Namensunterschriften das gleiche Resultat erreicht werde, glaube ich nicht. Man muß in der Schule der Gründer praktisch gelernt haben, um zu begreifen, wie wenig wahrheitsgetreue Prospekte den wirklichen Vorkommnissen, den Thatsachen entsprechen. Die Resolventen vom Juristentage über die Aktiengesetzgebungs-Frage haben gewiß keine Ahnung davon gehabt, mit welchen Schwierigkeiten schon seither, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein, die Gründer meist gekämpft haben, um wahrheitsgetreue Prospekte in die Welt zu setzen. Die Gründer aber, wenn sie von den Beschlüssen des Juristentages und besonders von dem über die Verpflichtung zur Edition wahrheitsgetreuer Prospekte erfahren, werden sich ärgern, daß sie in der fruchtbaren Gründungsepoche sich mit der Beschaffung wahrheitsgetreuer Prospekte so unnütz abgequält haben. Sie erfahren jetzt erst durch den 11. deutschen Juristentag, daß sie zum Erlasse von Prospekten, und gar wahrheitsgetreuer, gar nicht verpflichtet gewesen sind. Und wie viel schönes Geld haben sie klugen Männern und scharfsinnigen Advokaten für die Erfindung wahrheitsgetreuer vom Staatsanwalte unantastbarer Prospekte bezahlt Wenn diese wahrheitsgetreue Prospektverpflichtung von der Gesetzgebung praktisch eingeführt wird, so wird es für den Richter bei vorgekommenem Betruge eine der schwierigsten, undankbarsten Aufgaben werden, die Wahrheiten des Prospektes zu prüfen. „Mit Worten läßt sich trefflich streiten!"

*) Die während des Bestehens der Aktiengesellschaft vorkommenden Betrügereien und Benachtheiligungen der Aktionaire haben lediglich Direktorium und Verwaltungsrath zu verantworten.

Auch der Beschluß unter Ziffer 2 wird die Gründer in Erstaunen setzen. Haben sie doch schon seither immer in der irrigen Meinung gelebt, daß sie für jede veranlaßte Täuschung rc. verhaftet seien! Und wie haben sie sich abgemüht, um über den Täuschungen nicht erwischt zu werden! Und sie hätten es doch gar nicht nöthig gehabt! Das kommt davon, wenn man das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch und das Strafgesetzbuch so wenig kennt! — Wie? Oder sollten die Gründer-Täuschungen doch vielleicht unter die allgemeinen Strafbestimmungen über Betrug (§. 263 des St.-G.-B.) schon seither zu bringen gewesen sein? — Ich denke doch!

Gegen und über die Beschlüsse unter 3 und 5 läßt sich nichts weiter sagen; sie verdienen Billigung. Dagegen erscheint mir der Beschluß unter 4 bedenklich nach allen Richtungen hin. Zunächst gebe ich zu bedenken: Wo bleibt die Konsequenz des Juristentages? — Gegen die staatliche Oberaufsicht über die Aktiengesellschaften sträubt er sich mit aller Kraft und nun sollen die Gerichte — doch wohl Organe des Staates? — dazu ermächtigt werden, jeder Zeit auf Antrag einzelner Aktionaire, wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen, nebst Vorlegung der Bücher und Papiere anzuordnen, auch eine Untersuchung der Geschäftsführung zu veranlassen. — Was heißt das? — Nichts anderes, als die so verketzerte Staatsaufsicht doch einführen, ihre Ausübung jedoch abhängig machen von dem berechtigten oder auch chikanösen Antrage jedes beliebigen Aktionaires. Denn, was bedeutet die scheinbar wichtige Kautel: „wenn wichtige Gründe vorliegen?" — Nichts, absolut nichts! Denn Diejenigen, welche eine derartige Untersuchung einer Aktiengesellschaft bei Gericht beantragen, werden jeder Zeit wichtige Gründe für ihren Antrag vorbringen, die Entscheidung aber, ob wichtige Gründe wirklich vorliegen, resp. vorgelegen haben, wird der Richter in fast allen Fällen doch erst dann fällen können, wenn er die Untersuchung der betreffenden Verhältnisse beendigt hat; denn er wird, selbst wenn er persönlich von der Grundlosigkeit des Mißtrauens der Antragsteller überzeugt ist, sich dennoch hüten, die ganze Verantwortlichkeit dafür zu übernehmen, die Antragsteller abzuweisen und die beantragte Untersuchung zu unterlassen.

Im Uebrigen aber frage ich, wozu man diese Behauptung unter 4 noch braucht, da jetzt schon, wenn Anzeige über strafbare Vorkommnisse bei der Aktiengesellschaft sowohl, wie in jedem Privatgeschäfte, dem

Staatsanwalte erstattet wird, der Letztere berechtigt und verpflichtet ist, diejenige Untersuchung anzuordnen, zu welcher nach dem Juristentage das Gericht ermächtigt werden soll. Ich halte dafür, daß bei Ausführung dieser Bestimmung unter 4 das Ansehen der Justizbehörden mehr leiden, als die Sicherheit des Aktienwesens gewinnen würde.

Die Inkonsequenz des Juristentages, indem er für diese Art der Beaufsichtigung der Aktiengesellschaften durch die Gerichte votirt hat, wäre kaum größer gewesen, wenn er für die Errichtung des von mir vorgeschlagenen „Reichsamtes für Aktienwesen" sich ausgesprochen hätte.

---

# Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichtes.

## Zum Handelsgesetzbuche.

Siehe Bd. 7. S. 85—110 dieser Zeitschr. Die nachfolgende Zusammenstellung reicht bis M. IX. Heft 1—3; St. VIII. Heft 1 und umfaßt den zweiten und einen Theil des dritten Jahrganges von C.

## Art. 85, 110 fgg., 256.

### Kriterien der offenen Handelsgesellschaft.

**49.** Unter den Parteien ist ein Abkommen getroffen worden, Inhalts dessen die Beklagten (G. Müller & Co.) ein in Leipzig errichtetes Weinlager mit Weinen assortiren sollten. Hoffmann, Klg., sollte den Betrag hierfür binnen drei Tagen gegen Zinsvergütung einsenden und den Verkauf des Lagers übernehmen. Der Reingewinn sollte demnächst gleichmäßig vertheilt werden. Ferner übernahm Klg. für die Bekl. als deren Vertreter den Weinverkauf in einem größerem Gebiete des nördlichen und östlichen Deutschlands gegen Provision. Das O.-H.-G. hat auf Grund dieses Sachverhältnisses angenommen: Die unter den Parteien begründete Gesellschaft war keine offene Handelsgesellschaft. Ein wesentliches Requisit der letzteren ist nach Art. 85 der Geschäftsbetrieb unter einem Kollektivnamen, einer Gesellschaftsfirma, welche hier fehlte. „Daß es auch nicht die Absicht der Paciscenten war unter einer Gesellschaftsfirma Geschäfte zu treiben, ergeben klar die Vertragsbestimmungen, wonach die Bekl. dem Klg. die Benutzung ihrer Firma mit dem Zusatze: Weinlager bei Hoffmann in Leipzig gestatteten und Klg. sich verpflichtete, die von dem Bekl. zu beziehenden Weine mit Bezeichnung ihrer Firma zu verkaufen. Ebenso lag es nicht in der Absicht der Paciscenten, eine solidarische Haftung der Socii Dritten gegenüber eintreten zu lassen. Den Einkauf der Weine sollten lediglich die Bekl., den Verkauf nur der Klg. bewirken. Die Angabe der beklagtischen Firma diente in diesem Fall nur als Bezugsquelle. Demnach stand zu den Verkäufern der Weine Klg. in keinem Rechtsverhältnisse, ebensowenig zu den Käufern die Bekl. Es fehlt also auch hier an einem wesentlichen Kriterium der offenen Gesellschaft.

Die Vereinigung der Parteien ist aber auch keine Vereinigung zu einzelnen Geschäften für gemeinschaftliche Rechnung im Sinne von Buch II. Tit. 3 H.-G.-B., da die Societät nicht einzelne Geschäfte, sondern einen fortdauernden Geschäftsbetrieb bezweckte. Vielmehr finden auf das Rechtsverhältniß der Parteien die Bestimmungen des gemeinsamen Civilrechtes über Societäten Anwendung. (Vgl. Erk. v. 17. Mai 1871 Bd. VI. Nr. 35. S. 184 dieser Zeitschr.) 13. April 1872 M. V. 90. St. VI. 55.

Uebereinstimmend Erk. v. 16. Dezbr. 72. M. V. III. 61.

**50.** „Für die Wirksamkeit des Gesellschaftsverhältnisses gegen Dritte kommt es nur darauf an, ob eine offene Handelsgesellschaft als solche nach Außen hin in der durch Art. 110 bezeichneten Weise ins Leben getreten ist. Eine Gesellschaft, welche nicht in dieser Weise sich nach außen geltend gemacht, ihr Dasein nicht kund gegeben hat, kann Dritten gegenüber nie als offene Handelsgesellschaft gelten, und es finden auf sie die Bestimmungen der Art. 110—122 keine Anwendung Betreffs der Frage, wie das Handelsgewerbe, welches Gegenstand des zwischen H. und W. abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages war, betrieben worden, besagen die Gründe des angefochtenen Urtheiles, daß schon von vornherein dasselbe durch Cirkular als ein von H. allein betriebenes Landesproduktengeschäft angekündigt sei, daß auch der Geschäftsbetrieb ohne Ausnahme nur im Namen von H. stattgefunden habe, das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses nach Außen hin nie zum Ausdruck gekommen und die Handelswelt den H. als alleinigen Inhaber des Geschäftes und der Firma angesehen habe und habe ansehen müssen. Daß aber unter solchen Umständen vom Bestehen einer offenen Handelsgesellschaft, welche den Betrieb eines Handelsgewerbes durch mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma voraussetzt, nicht die Rede sein kann, ist selbstverständlich. Aus jener thatsächlichen Feststellung folgt jedoch nicht blos, daß eine offene Handelsgesellschaft nicht vorgelegen hat, sondern daß überhaupt aus dem zwischen H. und W. bestandenen Gesellschaftsverhältnisse die Haftung des letzteren sich nicht herleiten läßt, denn es ist ein allgemeines, schon vor Einführung des H.-G.-B. bestandenes und im Art. 256 anerkanntes Prinzip, daß ein Vertragsverhältniß, welches völlig geheim geblieben ist, an und für sich nur Vertragsrechte unter den Gesellschaftern selbst, nicht aber für dritte Personen, welche mit einem der Gesellschafter kontrahiren, begründet." — 8. Nov. 72. M. VII. 111.

## Art. 85.

### Pactum de ineunda societate.

**51.** Ein pactum de ineunda societate ist nur dann wirksam, „wenn die einzelnen Bestimmungen des abzuschließenden Vertrages festgestellt sind, und zwar entweder durch besondere Verabredung, welche auch stillschweigend erfolgen kann oder durch Uebereinkommen, daß, soweit eine solche besondere Verabredung nicht getroffen ist, die subsidiären Sätze über Handelsgesellschaften maßgebend sein sollen. Auch dies letztere Abkommen kann zwar stillschweigend getroffen werden, allein es ist nicht ohne Weiteres überall dann und insoweit als getroffen anzunehmen, wenn und insoweit besondere Verabredungen nicht getroffen sind. Die für die Gesellschaft selbst subsidiär geltenden Bestimmungen setzen als solche den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages voraus und können für das pactum de ineunda societate nur durch Vermittlung eines darauf gerichteten Willensaktes maßgebend werden." — Im vorliegenden Falle fehle es an jeder Bestimmung über die von den Gesellschaftern zu leistenden Einschüsse, sowie über die Betheiligung derselben an Gewinn und Verlust. Namentlich in letzterer Hinsicht könne nicht darauf Bezug genommen werden, daß die Bestimmungen des H.-G.-B. über die Vertheilung von Gewinn und Verlust den Uebungen der kaufmännischen Welt entsprechen und sich aus

allgemeinen wirthschaftlichen Prinzipien rechtfertigen. Dies sei nur da der Fall, wo alle Gesellschafter sich an der Geschäftsführung und auch mit Vermögenseinlagen betheiligen und wo die Größe der Einlagen nicht sehr verschieden sei. Liege die Sache anders, so könne die Vermuthung, daß gleiche Theilnahme am Gewinn und Verlust gewollt sei, keineswegs Platz greifen, z. B. nicht in dem häufigen Fall, daß der Prinzipal seinem bisherigen Handlungsgehülfen oder Sohn verspricht, ihn als Theilnehmer aufnehmen zu wollen, ohne die Antheile näher zu bestimmen. Hier wird nur aus dem Vorhandensein besonderer Umstände auf die Absicht gleicher Betheiligung geschlossen werden dürfen. — 8. Febr. 73. M. IX, 14.

## Art. 91. fgg.

### Gesellschaftskonkurs. Ansprüche und Schulden der einzelnen Gesellschafter an die Gesellschaft.

**52.** Der App.-Richter ist der Ansicht, daß die Forderungen eines Gesellschafters an die in Konkurs verfallene Gesellschaft nicht als Passiva der Konkursmasse in Anrechnung zu bringen sind, weil die Theihaber an einer Firma nicht in der Lage seien, zu dieser Firma, d. h. zu sich selbst in obligatorischem Verhältniß zu stehen. Er stützt diese Ansicht darauf, daß eine Handelsfirma kein von ihren Trägern völlig verschiedenes selbständiges Rechtssubjekt darstelle. Dies ist richtig, rechtfertigt aber nicht die Folgerung. Das Gesellschaftsvermögen bildet sowohl in dem Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander wie zu dritten Personen einen für sich bestehenden Vermögensinbegriff; vgl. in Betr. der offenen Handelsgesellschaft Art. 91, 93, 95, 97, 106—109, 111, 113, 114, 119—123[1], 126, 130—133. Der einzelne Socius kann demnach Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft sein. Diese Trennung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft besteht auch im Falle des Konkurses fort, wie sich namentlich aus dem Separationsrechte der Gesellschaftsgläubiger und aus der Bestimmung des Art. 122 ergiebt. Ja die Scheidung wird gerade hier besonders wichtig. „Demgemäß sind die Geldforderungen und Schulden aus den Rechtsverhältnissen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern als Aktiva und Passiva gleich den Forderungen und Schulden dritter Personen zu behandeln und dem entsprechend zur Konstituirung der Masse im Konkurse der Gesellschaft, sowie, wenn zugleich gegen die Gesellschafter Konkurs eingeleitet ist, zur Konstituirung der bezüglichen Konkursmassen in Rechnung zu bringen. Die Forderung eines Gesellschafters an die Gesellschaft bildet in solchem Falle ein Aktivum der Konkursmasse des ersteren, dagegen ein Passivum der Konkursmasse der Gesellschaft und umgekehrt. (v. Hahn zu Art. 112). — Der Oberappellant hat im Konkurse der Gesellschaft eine Darlehnsforderung von 23,067 Thlrn. liquidirt. Dies Liquidat bildet ein Aktivum seiner eigenen Masse und gehört zu den Passivis des Gesellschaftskonkurses, insoweit nicht die erstere Masse vermöge ihrer Korrealverhaftung zu kontribuiren hat, also sich die Kompensation gefallen lassen muß. Solche Kompensation findet sowohl nach dem Societätsvertrage wie nach dem Prinzipe des Art. 108 nur in Ansehung der Hälfte des Liquidats statt." — 14. Febr. 72. M. VI. 46; St. V. 74.

## Art. 93.

### Geschäftsführender Socius. Remuneration. Entschädigungsanspruch.

**53.** a) Der Socius, der in Folge des kontraktwidrigen Verhaltens eines andern Socius mehr Dienste im Interesse der Gesellschaft leistet, als er vertragsmäßig übernommen hatte, kann dennoch hierfür keine besondere Remuneration beanspruchen, da seine Leistungen immer innerhalb des Kreises der Societätsgeschäfte liegen. „Es hätte dem Bekl. freigestanden, wegen des kontraktwidrigen Verhaltens des Klägers einen Commis zu engagiren und von diesem die kontraktlich dem Kläger obliegenden Geschäfte besorgen zu lassen. Das Salair eines solchen Commis hätte dann dem Kläger zur Last gelegt werden können. Für sich kann Bekl. aber die Remuneration eines Commis nicht liquidiren."

b) In Bezug auf den Entschädigungsanspruch, der auf das kontraktwidrige Verhalten des Klägers gegründet ist, wird bemerkt: „Ueberhaupt ist die Aufgabe des Richters, bei einer so flagranten Vertragsverletzung, wie der vorliegenden, wo die Schadenersatzpflicht an sich außer allem Zweifel liegt, bezüglich des Beweises des Schadensquanti nicht größere Schwierigkeiten zu erheben, als durch die Sachlage durchaus geboten ist." — 13. Jan. 72. M. IV. 77. C. II. S. 56.

## Art. 105.

### Rechnungslegung.

**54.** „Nach Art. 105 kann jeder Gesellschafter sich persönlich vom Gange der Geschäftsangelegenheiten unterrichten, jederzeit die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und auf ihrer Grundlage eine Bilanz anfertigen. Danach bedarf es der Regel nach keiner Rechnungslegung. Die ordnungsmäßig geführten Handelsbücher ersetzen die Rechnungslegung." — 16. Sept. 71. St. IV. S. 266.

**55.** „Die Frage, ob und wie weit der zur Rechnungslegung verpflichtete Socius die Zeitpunkte der betr. Rechtsgeschäfte, Einnahmen und Ausgaben anzugeben verbunden ist, ist nicht allgemein und unbedingt zu bejahen, vielmehr ist nach den Umständen des konkreten Falles jedesmal zu prüfen, ob und wie weit es jener Zeitangaben zu einer vollständigen Auskunft wesentlich bedarf." — 16. Sept. 71. St. III. 56.

**56.** Art. 105 hat die geschäftsführenden Socien von der Pflicht zu besonderer Rechnungslegung keineswegs entbunden, vielmehr hat diese Pflicht von der Lage des speziellen Falles abhängig gemacht werden sollen und namentlich ist es bei Berathung dieses Artikels für selbstverständlich erklärt, daß jeder Gesellschafter über die einzelnen Geschäfte, die er vorgenommen, Rechenschaft zu geben, unter Umständen auch gehörige Rechnung zu legen habe. (Protok. S. 196 — Art. 125.) Im vorliegenden Falle reicht die Verweisung auf die Bücher und Korrespondenzen schon deswegen nicht aus, weil die Parteien eine gemeinsame, unter gehöriger kaufmännischer Kontrole bewirkte Buchführung nicht hatten. — 10. Okt. 71. M. IV. 12.

Digitized by Google

## Art. 105; 145.

Rechte der Socien in Bezug auf Einsicht und Benutzung der Geschäftsbücher und Papiere nach aufgelöster Societät.

**57.** „Ueber die Rechte gewesener Gesellschafter gegen einander nach aufgelöster Societät enthält Art. 105 keine Bestimmung. Ein Geschäftslokal, in welchem auch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter jederzeit die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen befugt und im Stande wären, besteht nach Auflösung der Gesellschaft nicht, mag auch deren Liquidation noch nicht beendigt sein. Vielmehr ist der ganze Unterschied zwischen geschäftsführenden Mitgliedern, unter deren unmittelbarer Aufsicht sich die Bücher und Papiere befinden, und den übrigen Socien weggefallen, Art. 133—135, 140, und damit sind auch alle Konsequenzen dieses Unterschiedes beseitigt. Insoweit greift das Prinzip des Art. 144 — die unveränderte Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtsverhältnisse bis zur beendigten Liquidation — nicht durch, sollte auch äußerlich die Stellung des bisher geschäftsführenden, nunmehr aber mit der Liquidation betrauten Gesellschafters anscheinend die gleiche geblieben sein. Nach beendigter Liquidation hat jeder gewesene Gesellschafter und jeder Rechtsnachfolger eines solchen ein Recht nicht nur auf Einsicht sondern auch auf Benutzung der Bücher und Papiere. Art. 145. — 10. Sept. 72. M. VII. 18; C. II. 8.

## Art. 111, 119—122.

Eide Namens der offenen Handelsgesellschaft.

**58.** „Wenn eine offene Handelsgesellschaft prozessirt und in die Lage kommt, gerichtliche Eide leisten zu müssen, so liegt, wenn die Gegenpartei dies verlangt, allen Socien die Pflicht ob zu schwören. Dies beruht zunächst auf dem Satze, daß Litiskonsorten als solchen die in Rede stehende Pflicht obliegt, denn offene Gesellschafter sind in Prozessen ihrer Firma Litiskonsorten. Sodann folgt jene Annahme aus der Natur der offenen Handelsgesellschaft, insofern jeder einzelne Gesellschafter durch seine Erklärungen die Gesellschaft verbindet. Giebt einer von mehreren Gesellschaftern durch Eidesweigerung kund, daß er eine gewisse positive oder negative Thatsache, von welcher Rechtsfolgen zu Gunsten oder Ungunsten der Gesellschaft sich ergeben, nicht bewahrheiten könne, so trifft der daraus sich ergebende Nachtheil die Gesammtheit der Gesellschafter. Dem entspricht auch die Praxis. Daß vorkommenden Falles eine aus den Umständen sich ergebende oder gehörig bescheinigte Unmöglichkeit der Erlangung eigener Kunde einzelner Socien auf deren Befreiung vom Wissenseide hinführt, ist selbstverständlich." — 10. Mai 72. M. VI. 21; St. VI. 22.

**59.** Einer offenen Handelsgesellschaft war im Erkenntnisse ein nothwendiger Eid de ignorantia auferlegt. Bei der Eidesleistung ergab sich, daß ein Mitglied seit der Klageerhebung gestorben war und daß seine Erben aus der Gesellschaft ausgeschieden waren. Die übrigen Mitglieder leisteten den Eid. Ist derselbe als von sämmtlichen Sociis geleistet anzusehen? Bejaht vom Oberhandelsgerichte in Uebereinstimmung mit den Vor-

instanzen. Aus Art. 111 in Verbindung mit Art. 119—122 ergiebt sich begriffsmäßig, daß wenn eine offene Handelsgesellschaft im Prozesse als Partei auftritt, die einzelnen Gesellschafter nicht genannt zu werden brauchen, daß ferner ein Wechsel in der Person der Gesellschafter während der Dauer des Prozesses für diesen letzteren und überhaupt in der Regel in prozessualischer Hinsicht unerheblich, wie ein ähnliches Prinzip auch in Betreff der Eintragungen im Grundbuche für die Gesellschaft gilt. (Preuß. Einf.-Ges. Art. 22). „Darin mag eine Abweichung von den für die civile Gesellschaft geltenden Grundsätzen liegen, dieselbe erklärt sich jedoch nicht aus dem Charakter der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person, sondern daraus, daß bei der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsvermögen, obschon nicht wie bei den juristischen Personen, einer fingirten Persönlichkeit gehörend, doch als ein, freilich nur den Gesellschaftern gehöriges, juristisches Ganzes angesehen wird." — Aus Art. 111 ergiebt sich denn auch die Beantwortung der Frage, „welcher Zeitpunkt der entscheidende sei," wenn von einer solchen Gesellschaft in einem von ihr geführten Prozesse kraft Gesetzes oder richterlichen Urtheiles von allen Gesellschaftern ein nothwendiger Eid der vorliegenden Art zu leisten ist. Maßgebend muß der Zeitpunkt sein, in welchem der Eid zu leisten ist. Denn die einer Partei obliegende, eine Stellvertretung nicht zulassende prozessuale Handlung muß und kann doch nur von den Personen vorgenommen werden, welche zur Zeit der Vornahme als Partei erscheinen." — Wie die Frage dann zu entscheiden, wenn es sich nicht um einen nothwendigen sondern um einen angetragenen Eid, oder um einen nothwendigen Eid de veritate handelt, bleibt dahin gestellt. 28. Jan. 73. M. IX. 5.

## Art. 111, 91, 119—122, 126, 131.

### Urtheil, gegen die Gesellschaft ergangen, Wirkung desselben gegen die einzelnen Socien.

**60.** Beklagter bestreitet, daß das gegen die Liquidationsfirma ergangene Urtheil wider ihn, den einzelnen Gesellschafter ohne Weiteres vollstreckt werden könne, als ob er die verklagte Partei sei. „Daß die dieser Behauptung zu Grunde liegende Unterscheidung der offenen Handelsgesellschaft als eines von den Gliedern derselben getrennt gedachten Ganzen von der Person der einzelnen Gesellschafter und des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen der Letzteren zulässig ist, obschon jeder Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen haftet, bedarf im Hinblick auf Art. 91, 111, 119—122, 126, 131, vgl. mit Art. 81 und 112 keiner weiteren Ausführung, so gewiß hiernach der Gläubiger beliebig, nicht blos die Gesellschaft sondern auch die einzelnen Gesellschafter verklagen und sich an das Gesellschaftsvermögen wie an das Privatvermögen der letzteren halten kann, so wenig folgt doch hieraus, daß Beides unzertrennlich, d. h. daß die Klage, welche er zum Zwecke seiner Befriedigung wider die Gesellschaft anstellt, stets auch die Klage gleichen Zweckes gegen jeden einzelnen Gesellschafter sein muß und wirklich ist. Wie in allen Fällen der Vereinigung mehrerer, im Sinne Rechtens verschiedener Stellungen in einer Person, so muß auch hier die Verschiedenheit der rechtlichen Beziehungen des Theilhabers der offenen Handelsgesellschaft zu deren Gläubigern beachtet

und was das jetzt in Rede stehende prozessuale Verhältniß anlangt, vorzugsweise darauf Gewicht gelegt werden, welche der verschiedenen in Frage kommenden Beziehungen nach der Intention Klägers, bzw. nach dem Einverständnisse der Parteien im konkreten Falle Gegenstand des Prozesses sei. In dieser Hinsicht ist nun im vorliegenden Falle von Wichtigkeit, daß die Klage auf Verurtheilung des Bekl. als Liquidators der Gesellschaftsfirma gerichtet ist und daß sowohl das Interlokut wie das Endurtheil den Bekl. nur zur Bezahlung aus dem Vermögen der in Liquidation befindlichen Firma C. u. G. verurtheilt. Daß es aber für den Bekl. nicht gleichgültig ist, ob Klage und Urtheil gegen ihn in Person oder als Vertreter der Gesellschaft gerichtet sind, ergiebt sich einerseits aus der Bestimmung des Art. 121. „Dieselbe trifft zwar nur den Fall, wenn die Gesellschaft eine ihr zustehende Forderung einklagt und das Kompensationsrecht des Gesellschaftsschuldners mit der Privatforderung an einen Gesellschafter in Frage kommt, sie ist aber auch auf den gegenwärtigen Fall anwendbar, in welchem eine Gesellschaftsschuld eingeklagt wird und die Kompensation mit der Privatforderung eines der betheiligten Gesellschafter in Frage kommt; v. Hahn Com. I. S. 299," (der ersten Aufl., vgl. S. 384 der zweiten Aufl. diese Ausführung dürfte denn doch auf einem Mißverständnisse sowohl des Art. 121 wie der Bemerkungen v. Hahn's beruhen). Aber auch abgesehen vom Art. 121 können ihm besondere nur für ihn gegen die Klage wirksame Einreden zur Seite stehen, z. B. exceptiones pacti de non petendo, pacti remissorii etc., die er in dem auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen abzweckenden Prozesse gar nicht veranlaßt war, vorzuschützen. Um diese Exceptionen würde er aber kommen, wollte man annehmen, daß der Prozeß gleich anfänglich gegen ihn und auf Befriedigung aus seinem Privatvermögen gerichtet gewesen sei." 19. Juni 72. M. VI. 93; C. II. 69.

## Art. 112.

### Solidarische Haftung bei der vor dem H.-G.-B. errichteten Handelsgesellschaften.

**61.** Daß für die von einer Handelssocietät als solcher unter der Societätsfirma kontrahirten Geschäftsschulden die Theilhaber der Societät solidarisch haften, war schon vor der Emanation des H.-G.-B. durch Handelsgewohnheit sanktionirt." 31. Jan. 72. M. V. 18. — Ebenso 7. Nov. 71. St. IV. 39.

### Klage gegen den Socius durante societate.

**62.** Die Einrede der mangelnden Passivlegitimation ist von beiden Vorinstanzen mit Recht verworfen worden. Verkl. hat unter der Societätsfirma Gebr. Haller den Lieferungsvertrag mit dem Kläger abgeschlossen und ist als Theilhaber der offenen Handelsgesellschaft aus diesem Vertrage zweifellos persönlich und solidarisch verhaftet. Diese Haftbarkeit ist auch nicht etwa eine blos subsidiarische, so daß Kläger zunächst die Gesellschaft verklagen müßte und sich nur im Falle der Insuffizirung des Gesellschaftsvermögens an die einzelnen Gesellschafter halten dürfte, sondern eine prinzipale. 30. Okt. 72. M. VII. 102.

## Art. 113.

### Uebergang der Schulden des Einzelkaufmannes auf eine von demselben gegründete Handelsgesellschaft.

**63.** Wenn ein Einzelkaufmann eine Handelsgesellschaft gründet, welche die Aktiva und Passiva des bisherigen Geschäftes übernimmt und dies in gehöriger Weise publizirt, so haften die Socien doch nur für die Handelsschulden, nicht für die Privatschulden des früheren Prinzipals. „Im Zweifel aber wird zur Richtschnur dienen müssen, daß die Umwandlung des Anspruches an einen Einzelkaufmann in einen Anspruch an die von ihm neu eingegangene Societät nicht in gesetzlicher Nöthigung, sondern nur auf dem Willen der Socien beruht, daß sie also nur dann angenommen werden kann, wenn sie die Socien loyal gewollt haben können und müssen." — 15. Nov. 72. M. VIII. 9.

## Art. 114.

### Verfügungsgewalt des geschäftsführenden (?) Socius.

**64.** „Zwar ist nach Art. 114. 1 die Verfügungsgewalt des geschäftsführenden Socius nach Außen hin eine beschränkte. Allein selbstverständlich kann sie nicht weiter reichen, als überhaupt die Grenzen stellvertretender Verfügungsgewalt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich erstrecken. Eine Abmachung zwischen dem geschäftsführenden Socius und einem Schuldner der Societät, kraft deren die Außenstände der Gesellschaft Ersterem persönlich geschuldet und bezahlt werden sollen, ist hiernach ungültig. „Es ist nach den Grundsätzen des Civilrechtes wie des Handelsrechtes, von besonderen Ausnahmen abgesehen, rechtlich unmöglich, daß bei einem Vertrage die Stellen einander gegenüberstehender Kontrahenten durch eine und dieselbe Person vertreten weden können." — 17. Jan. 73. M. VIII. 95.

## Art. 114—116.

### Kollision des Dritten mit kontrahirenden Socius.

**65.** „Liegen der Kreirung des Klagewechsels dolose Kollisionen des Imploranten mit C. H. zu Grunde, so kann der Implorant sich auf die Art. 114—116 nicht berufen. — Wennschon es nicht richtig ist, daß der Dritte nicht verpflichtet ist, zu erkunden, ob der Gesellschafter im Verhältniß zu seinen Socien seine Vertretungs- und Dispositionsbefugniß überschreitet, daß selbst die bloße Kenntniß dieser Ueberschreitung den Dritten nicht in dolum versetzt — so sind doch diejenigen Rechtsakte dem Dritten gegenüber nicht geschützt, welche der Gesellschafter unter dem Namen der Societät in der Absicht widerrechtlicher Schädigung der Societät und unter Kenntniß und Theilnahme des Dritten an dieser Absicht eingegangen hat. — 1. Nov. 72. M. VII. 104; C. II. 96.

## Art. 130, 123, 142.

### Auflösung und Ausschließung.

**66.** Die Art der Auseinandersetzung im Falle der Auflösung der Societät und des Ausscheidens oder der Ausschließung eines Socius ist

durchaus verschieden. Es liegt danach auf der Hand, daß es erheblich ist, welchen der beiden Fälle der Richter als vorliegend erachtet und daß er demnach die Klage nicht aufrecht erhalten kann, wenn die klägerischen Intentionen nicht mit Sicherheit festzustellen sind. „Nun giebt aber Kgl. nirgends mit Bestimmtheit zu erkennen, daß sie die Liquidation des seitherigen Societätsgeschäftes und demgemäß Auskehrung des ehemaligen Antheiles verlange. Ihre Auslassung in der Deduktionsschrift, sie habe daraus, daß die Bekl. die Societät ihrerseits thatsächlich fortgesetzt hätten, nichts anderes als eine seitens der Bekl. stillschweigend erfolgte Uebernahme der Liquidation abnehmen können, ist um so weniger geeignet, Klarheit hierüber zu verschaffen, als an jene Auslassungen sofort die Folgerung geknüpft wird, daß Bekl. nach Art. 130 Abs. 4 und Art. 142 zur Rechnungslegung verpflichtet seien." Mehr scheine dafür zu sprechen, daß Klg. das Societätsverhältniß nur in Bezug auf ihren verstorbenen Ehemann als aufgehoben betrachtet habe. Die Bekl. seien noch gegenwärtig Inhaber der Firma H. und Co., besonders sei O. als Vertreter dieser Firma ins Handelsregister eingetragen. Sie haben die Geschäfte derselben seither unbehindert fortgesetzt, was ohne, wenigstens stillschweigendes Einverständniß der Klg. nicht füglich geschehen konnte, in jedem Falle sei nicht anzunehmen, daß Klg. das seitherige thatsächliche Gebahren der Bekl. als unbefugtes und widerrechtliches anfechten, bezw. ihm durch ordnungmäßige Liquidation ein Ziel gesetzt wissen wolle, wenn sie ihre Klagbitte auf Rechnungsablegung richtet, „über den Stand des der Firma H. u. Co., gehörigen Vermögens, wie solches beim Tode ihres Erblassers oder (nach der Bekl. Wahl) am Schluß des betreffenden Geschäftsjahres sich gestaltet hat" und sodann Herauszahlung des sich hiernach ergebenden Ueberschusses verlange. Das Verlangen der Liquidation sei hiemit nicht wohl vereinbar. — 11. Nov. 72. M. VIII. 47.

## Art. 122, 128, 130, 131, 137.

### Auflösung und Ausschließung.

**67.** a) Durch die in der Klage erfolgte Aufkündigung der Gesellschaft ist der Antrag auf Ausschließung des Bekl. nicht gegenstandslos geworden. Dies ergiebt sich aus der Verschiedenheit der Rechtsfolgen, welche sich an die Kündigung einerseits und die Ausschließung andererseits knüpfen.

b) Der Antrag auf Ausschließung ist im vorl. Fall nicht begründet. Unstreitig hatten die Klg. bereits im Jahre 1867 von den die Ehrlichkeit und Vertragstreuen ihres Socius verdächtigenden Vorgängen Kunde erhalten. Zwar dieser Zeitablauf allein rechtfertigt noch nicht die Zurückweisung des Antrages, denn eine Vorschrift unverzüglicher Geltendmachung des Rechtes auf Ausschluß existirt nicht. Aus der bloßen Fortsetzung der Societät aber kann nicht eine Kondemnirung des Fehltrittes gefolgert werden. „Diese kann unpräjudizirlicher Weise veranlaßt sein, einestheils durch einen vorläufigen Mangel voller Ueberzeugung von der Schuld des Genossen, andererseits durch den Versuch, abzuwarten, ob die spätere Haltung des Verdächtigen die Zweifel zerstreuen und das Vertrauen wieder herstellen werde. — Aber eine derartige einfache Fortsetzung der Gesellschaft liegt auch nicht vor. Es haben vielmehr die

Kläger, obgleich sie die Verdachtsgründe gegen die Integrität des Bekl. schon vor dem Tode ihres früheren Mitgesellschafters K. kannten, auch nach dessen Tode die gesellschaftliche Verbindung mit dem Bekl. fortgesetzt. Mit dem Tode des K. aber endigte die bis dahin bestandene Gesellschaft; sie wurde beim Mangel einer Uebereinkunft kraft gesetzlicher Bestimmung gelöst. Die Fortsetzung der gesellschaftlichen Verbindung zwischen den überlebenden Gesellschaftern bildete also eine neue Societät. Diese, wenn auch ohne neue Verabredungen erfolgte Eingehung der neuen Societät enthielt aber dem jetzigen Bekl. gegenüber nothwendig einen Verzicht auf die Ausstellungen gegen dessen Person, soweit dieselben sich auf die den Klägern bekannt gewordenen Fehltritte des Bekl. stützten. Denn durch diese erneute Verbindung manifestirten die Klg., daß sie in jenen Fehltritten einen ausreichenden Grund, dem Socius das nothwendige Vertrauen zu entziehen, nicht erblickten." — 10. Mai 72. M. VI. 22; St. VII. 23.

## Art. 133.

### Liquidation. Richterliche Ernennung.

**68.** „Die durch das Gesetz bestimmten Liquidatoren bedürfen nicht einer Ernennung durch den Richter; einer solchen bedarf es nur in den durch das H.-G.-B. speziell bezeichneten Fällen." — 13. April 72. M. V. 90.

## Art. 134.

### Wichtige Gründe für Abberufung eines Liquidators.

**69.** Der Appellationsrichter hat den Antrag der Kläger auf Abberufung des Bekl. als Mitliquidator für begründet erachtet, weil die Kläger Namens der in Liquidation befindlichen Gesellschaft eine Klage über 36,000 Thlr. gegen ihn angestellt haben. Er findet hierin einen wichtigen Grund im Sinne des Art. 134, weil 1) die Betreibung dieses Prozesses den wesentlichsten Theil des Liquidationsverfahrens bilde; 2) weil jener Rechtsstreit objektiv ein gegründetes Mißtrauen gegen die Integrität des Verkl. hervorrufen müsse. Das Ob.-H.-Ger. hat vernichtet. Die erste Erwägung ist hinfällig, „weil, wenn der Bekl. in dem betreffenden Prozesse als Schuldner belangt worden ist, diese seine Stellung von selbst mit sich bringt, daß der Prozeß von den Klägern allein gegen ihn dergestalt betrieben werden kann, als wenn dieselben die alleinigen Liquidatoren wären. Die Eigenschaft des Bekl. als Mitliquidators ist für die Betreibung jenes Prozesses ohne jede Bedeutung." Unter besonderen Umständen mag allerdings ein derartiger Rechtsstreit ein genügender Grund zur Abberufung eines Liquidators sein. Solche Umstände sind aber hier nicht angeführt worden. „Die zweite Erwägung geht fehl, weil die vom Appellationsrichter betonte Erschütterung des Vertrauens zwar einen Grund abgeben kann, den Antrag auf Auflösung der Gesellschaft für gerechtfertigt zu erachten, nicht aber, wenn die Gesellschaft bereits aufgelöst und in Liquidation begriffen ist, den Antrag auf Ausschließung eines Gesellschafters von der Liquidation zu stützen. Befindet sich eine Gesellschaft in Liquidation, so wird in vielen Fällen das vom Appellationsrichter

hervorgehobene Vertrauen erschüttert sein und gerade deshalb schreibt Art. 133 vor, daß regelmäßig alle Gesellschafter als Liquidatoren einzutreten haben. Nicht die vom Appellationsrichter betonte, in Liquidationsfällen vielleicht die Regel bildende Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens kann einen haltbaren Grund abgeben, den einen Gesellschafter auf Antrag der übrigen als Liquidator abzuberufen, sondern nur dann wird diese Abrufung gerechtfertigt sein, wenn gegen einen Gesellschafter von den übrigen ein Mißtrauen gefaßt ist, welches auf dem gegründeten Verdachte einer unredlichen Handlungsweise, einer Pflichtvergessenheit beruht." 4. Febr. 73. M. IX. 11.

## Art. 137.

### Liquidator. Anerkenntniß einer verjährten Forderung.

**70.** Die Anerkennung einer verjährten Forderung gehört nicht zur Erledigung der schwebenden Geschäfte, auf welche sich nach Art. 137 die Vollmacht des Liquidators erstreckt. — So entschieden mit Berücksichtigung des preuß. Allg. Landrechtes in dem Erkenntnisse v. 18. Febr. 73. M. IX. 25, C. III. 155.

## Art. 137, 142.

### Streit unter den Socien nach aufgelöster Gesellschaft.

**71.** Es handelt sich um den Anspruch eines Socius gegen die übrigen Socii, der nach aufgelöstem Societätsverhältnisse erhoben ist und der eine Vorbereitung besserer Rechnungslegung bezweckt. Der Appellationsrichter hat die Aktivlegitimation des Klägers mit Unrecht bemängelt, er verkennt dabei Zweck und Wesen der Liquidation. Die Liquidatoren sind Vertreter der in Liquidation befindlichen Gesellschaft, nicht aber der einzelnen Gesellschafter, diese haben vielmehr nach wie vor ihre Rechte selbst geltend zu machen. „Prozesse über Streitigkeiten der einzelnen Socii unter sich, zu deren Austragung die actio pro socio gegeben ist, sind daher der Natur der Sache nach unter den Sociis selbst zu führen, die Aktiv- und Passivlegitimation der einzelnen Socii in solchen Prozessen unterliegt nicht dem mindesten Bedenken, die Liquidatoren als solche sind zur Führung solcher Prozesse, welche Streitigkeiten der Socii als solcher unter einander zum Gegenstand haben, überall nicht berufen." — Allerdings sollen die Liquidatoren die schließliche Auseinandersetzung unter den Sociis herbeiführen. Erhebt sich aber hierbei ein Streit unter den Sociis, so hat die Funktion der Liquidatoren ihr Ende erreicht und die Socii selbst müssen — das ist der Sinn des Art. 142, 2 — ihren Streit vor dem ordentlichen Richter zum Austrag bringen. — 13. April 72. M. V. 90.

## Art. 137, 142.

### Klage gegen die Socii während der Liquidation der Handelsgesellschaft.

**72.** Die Bekl. bildeten früher eine Handelsgesellschaft; sie sind, nachdem letztere aufgelöst worden, als persönlich und solidarisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten verhaftet in Anspruch genommen. Die Passiv-

legitimation ist vorhanden. Zwar hätte Klg. seinen Anspruch gegen die Liquidatoren geltend machen können, denn diese sind zur Vertretung der aufgelösten Gesellschaft legitimirt. Steht aber den Liquidatoren während der Dauer der Liquidation eine ausschließliche Vertretung der Gesellschaft nach Außen zu, dergestalt, daß die Gesellschaftsgläubiger die einzelnen Socii persönlich wegen der Gesellschaftsschulden nicht in Anspruch nehmen können? Diese Frage muß verneint werden. An der solidarischen Haft der einzelnen Socii kann der Eintritt der Liquidation nichts ändern. Es steht auch mit dem Wesen der Liquidation nicht im Widerspruche und hindert dieselbe nicht, daß der Gläubiger einen Socius persönlich in Anspruch nimmt. Zahlt Letzterer in Folge dessen eine Gesellschaftsschuld, so mag er seine Auslagen für die Gesellschaft bei der nach Art. 142 stattfindenden Auseinandersetzung liquidiren. Im vorliegenden Falle, wo der Anspruch lediglich eine Rechenschaftsablage und Auskunftertheilung betrifft, kann vollends von einer derartigen Kollision nicht die Rede sein. Der Appellationsrichter meint zwar, daß die Liquidatoren allein auf Grund der in ihren Händen befindlichen Geschäftsbücher in der Lage seien, die verlangte Auskunft zu ertheilen. Dabei ist aber übersehen, daß den Liquidatoren als dominis des Gesellschaftsvermögens zweifellos die Geschäftsbücher zugänglich sein müssen. — Die Zulässigkeit des Anspruches gegen den einzelnen Socius ist indirekt auch im Art. 148 [2] anerkannt; Art. 122 aber gewährt kein Gegenargument, da er nur vom Konkurse handelt und in Ermangelung einer par ratio auf den Fall der Liquidation keine Anwendung findet. 13. April 72. M. V. 90.

## Art. 144, 93, 142.

Liquidator. Anspruch desselben gegen die Gesellschafter.

**73.** M. S. war Liquidator einer von ihm in Gemeinschaft mit zwei Brüdern betriebenen Handelsgesellschaft. Derselbe ist ohne Rechnungslegung verstorben. Seine Erben klagen gegen einen Mitgesellschafter auf antheilsweise Erstattung einer von ihrem Erblasser bezahlten Gesellschaftsschuld. Das die Bekl. verurtheilende Erkenntniß ist vom O.-H.-G. bestätigt. Auch während der Liquidation können die einzelnen Socii bezw. deren Erben solche Regreßansprüche, welche aus der von ihnen nach eingetretener Liquidation aus eigenen Mitteln geleisteten Zahlung einer Gesellschaftsschuld entstanden sind, gegen einander vor Gericht geltend machen, Art. 93, 144. Nicht dagegen spricht Art. 142. Geschieht dies vor der schließlichen Auseinandersetzung, so haben die Verpflichteten pro rata ihrer Geschäftsantheile zu restituiren, vorbehaltlich der Abrechnung im Liquidationsverfahren. Ebensowenig wird durch die Verurtheilung des Bekl. der Grundsatz verletzt, daß ein Liquidator oder dessen Erbe nicht befugt sein solle, einzelne Ansprüche aus dem Gesellschaftsbetriebe ohne gleichzeitige Rechnungslegung über die Geschäftsführung gegen die übrigen Gesellschafter geltend zu machen. Wenn ein solcher Grundsatz auch bestehen sollte, so könnte er doch im vorliegenden Falle keine Anwendung finden, da es sich hier nicht um einen Anspruch aus dem Geschäftsbetriebe, sondern um eine Forderung handelt, die mit dem Gegenstande der Liquidation und der darüber vom Erblasser der Klg. zu legenden Rechnung nichts zu thun hat. — 20. Jan. 72. St. V. 51.

## Art. 146.

### Unanwendbarkeit auf Ansprüche der Gesellschafter gegen einander, auf Gelegenheitsgesellschaften.

**74.** a) Die fünfjährige Verjährungsfrist findet Anwendung auf Ansprüche, welche Dritte gegen die Gesellschaft erworben haben und wofür die einzelnen Socii solidarisch haften, nicht aber auf Ansprüche, welche die einzelnen Socii gegen einander mit der actio pro socio geltend zu machen berechtigt sind.

b) Die Bestimmung des Art. 146 ist nur auf offene Handelsgesellschaften im Sinne des H.-G.-Bs. zu beziehen, (d. h. nicht auf Gelegenheitsgesellschaften oder civilrechtliche Societäten)." — 16. Dez. 72. M. VIII. 61.

## Art. 146.

### Unanwendbarkeit auf vor der Emanation des H.-G.-B's. aufgelöste Gesellschaften.

**75.** Von den Vorinstanzen hält die Juristenfakultät zu Berlin die fünfjährige Verjährung des Art. 146 auf die schon vor der Emanation des H.-G.-Bs. aufgelösten Gesellschaften überhaupt nicht für anwendbar. Die Juristenfakultät Jena dagegen führt aus, daß die Verjährung zwar nicht vom Tage der Auflösung der Gesellschaft, wohl aber vom Tage der Einführung des H.-G.-B's. zu laufen beginne. Das O.-H.-G. ist der ersten Meinung beigetreten. Die entgegengesetzte Ansicht enthält „eine unstatthafte Rückanwendung eines über ein neu geregeltes Rechtsinstitut erlassenen, ohnehin singulären Gesetzes auf wesentlich verschiedene ältere Rechtsverhältnisse. Eine solche Verschiedenheit liegt namentlich auch darin, daß die Publizität des Handelsregisters es mit sich bringt, daß die darin eingetragene Auflösung der Handelsgesellschaft allgemein bekannt wird oder daß doch jeder Betheiligte Kenntniß davon erlangen kann und eine Nachlässigkeit begeht, wenn er nicht innerhalb der gesetzlich bestimmten kurzen Frist seine Ansprüche gerichtlich geltend macht, was jedenfalls nicht in gleichem Maße bezüglich der Gläubiger einer schon vor Emanation des H.-G.-Bs. aufgelösten Gesellschaft behauptet werden kann." 31. Jan. 72. M. V. 18; St. V. 62.

Uebereinstimmend Erk. v. 16. März 72. M. VIII. 61.

## Art. 147, 148[2].

### Unterbrechung der Verjährung durch Handlungen des Liquidators.

**76.** Ist noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden, so wird die Verjährung gegen die Gesellschafter durch ein Anerkenntniß des Liquidators unterbrochen. (Nach preuß. Allg. L.-R.) — 18. Febr. 73. M. IX. 25. C. III. S. 155.

## Art. 177.

### Eintragung einer Aktienkommanditgesellschaft ins Handelsregister auf Grund unrichtiger Angaben.

**77.** Eine Kommanditgesellschaft auf Aktien verlangt vom Bekl., der eine Aktie gezeichnet hat, Einzahlung des ausgeschriebenen Betrages nebst der statutenmäßigen Konventionalstrafe und Zinsen. Bekl. wendet ein, daß die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister durch unrichtige Angaben erschlichen sei, da zur Zeit der Eintragung weder der gesammte Betrag des Kommanditkapitales durch Unterschriften gedeckt, noch ein Viertel des von jedem Kommanditisten gezeichneten Betrages eingezahlt gewesen sei, wie Art. 177 vorschreibe. — Der Einwand ist nicht begründet, für das Zustandekommen der Aktienkommanditgesellschaft ist nur die Eintragung ins Handelsregister wesentlich. Die Vorschrift des Art. 177 ist nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung nicht die Ungültigkeit der Eintragung, sondern höchstens Strafen nach sich zieht. Preuß. Einführ.-Ges. Art. 11, H.-G.-B. Art. 206. „Für die nach erfolgter Eintragung in das Handelsregister Dritten gegenüber eingegangenen Verpflichtungen haftet die Gesellschaft als solche, wenn auch gegen die Ordnungsvorschriften des Art. 177 gefehlt sein sollte. Für Dritte ist nur die Eintragung in das Handelsregister erkennbar, nicht die Befolgung der Vorschriften des Art. 177. Von der letzteren kann also die Rechtsgültigkeit der gegen Dritte übernommenen Verpflichtungen nicht abhängen. Um die Tilgung der von der Gesellschaft Dritten gegenüber eingegangenen Verpflichtungen zu ermöglichen, ist aber im Art. 184 die Verpflichtung der ursprünglichen Zeichner für die vollständige Einzahlung der gezeichneten Beträge statuirt. Diese Verpflichtung kann deshalb auch von der Befolgung der Vorschriften des Art. 177 nicht abhängen." — 19. Okt. 72. M. VII. 63; C. II. S. 432.

## Art. 184, 174 fgg.

### Bedingte Aktienzeichnung.

**78.** „Die Aktienzeichnung, welche nach Art. 174 schriftlich erfolgen muß, kann nicht unter Bedingungen erfolgen; sie muß einfach und unbedingt sein; eine bedingte Aktienzeichnung ist keine Zeichnung im gesetzlichen Sinne; die Gesellschaft resp. das Gründungs-Komité würde sich auf eine bedingte Zahlung niemals einlassen können, eine solche vielmehr als nicht erfolgt ansehen und den Zeichnungsschein dem Zeichner ohne Weiteres zurückgeben müssen. Dies ergiebt schon die Erwägung, daß nach Art. 177 die Eintragung in das Handelsregister, durch welche nach Art. 178 die rechtliche Existenz der Gesellschaft bedingt ist, die Bescheinigung, daß das ganze Aktienkapital gezeichnet und zwar selbstverständlich unbedingt gezeichnet ist, vorausgesetzt, die rechtliche Existenz der Gesellschaft aber nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden kann." — Aus diesen Erwägungen ist eine Klage zurückgewiesen worden, in welcher die auf neun Stück Aktien eingezahlten Prozente zurückerstattet verlangt wurden, weil die Zeichnung der Aktien lediglich das Aequivalent für eine fixe Tantième gewesen sei, welche dem Kläger, der eine Agentur für die beklagte Gesellschaft übernommen hatte, von dem Subdirektor derselben

zugesichert worden sei, und weil die Gesellschaft dieses Abkommen hinterher reprobirt habe. „Die Nebenabreden, welche Kläger bei der Zeichnung mit einem Gesellschaftsbeamten getroffen haben will, können nur Ansprüche gegen die Person des betreffenden Gesellschaftsbeamten begründen und selbst wenn dadurch Ansprüche gegen die Gesellschaft als solche begründet wären, so würde der Kläger diese Ansprüche der Gesellschaft gegenüber zu liquidiren haben, sich aber der im Interesse sämmtlicher Gesellschaftsgläubiger unerläßlichen Einzahlung der gezeichneten Beträge nicht entziehen, noch weniger die eingezahlten Beträge zurückfordern können. Wollte Kläger seine Verpflichtung aus der Aktienzeichnung von der Genehmigung der über die Tantième getroffenen Abrede abhängig machen, so mußte er entweder die Zeichnung bis dahin, daß die Genehmigung ertheilt war, aufschieben oder in dem Zeichnungsscheine selbst die Bedingung ausdrücken, in welchem letzteren Falle ihm die Zeichnung sofort als unzulässig zurückgegeben sein würde." — 21. Sept. 72. M. VII. 40; St. VII. 39; C. II. 87.

Uebereinstimmend: Erk. v. 9. Nov. 72. M. VII. 112. — Der Bekl. hatte als Generalagent für Stuttgart 3 Pflichtaktien gezeichnet; der Gewerbebetrieb der klägerischen Gesellschaft kam für Württemberg überhaupt nicht zu Stande, in Folge dessen weigerte sich der Bekl. weitere Einzahlungen zu leisten und beanspruchte reconveniendo Rückerstattung der schon geleisteten. Der Anspruch wurde, abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Gründen, aus denselben Erwägungen, wie vorstehend, zurückgewiesen. Sowohl die Weigerung des Bekl. wie die Rückforderung seien nach Art. 184, 167², 197¹ unstatthaft. Wenn überhaupt ein Anspruch des Bekl. auf Grund der obigen Thatsachen gegen die Gesellschaft begründet wäre, so könnte er jedenfalls nur in der Form der Liquidation der Gesellschaft gegenüber geltend gemacht werden. — Ebenso Erk. vom 2. Mai 73. St. VIII. S. 167; 15. Febr. 73. M. IX. 22.

## Art. 184.

### Nebenabreden bei der Aktienzeichnung. Exceptio doli.

**79.** Bekl. hat als Generalagent drei Pflichtaktien gezeichnet: „Sollte der Subdirektor B. dem Bekl. wirklich die Zusicherung gegeben haben, daß er im Falle der Niederlegung seines Amtes die Aktien nicht voll einzuzahlen verpflichtet und zur Rückforderung der eingezahlten Beträge berechtigt sei, so würde ein solches, nicht blos den Statuten, sondern auch den Art. 165, 184, 203 offenbar widersprechendes Verhalten der Gesellschaft nicht präjudiziren." Die Einrede des Bekl. ist ebenfalls unbegründet. Die Anführungen des Bekl. ergeben nicht, daß ihm wissentlich falsche Thatsachen vorgespiegelt sind, sondern daß man übertriebene Hoffnungen bezüglich der Rentabilität des Unternehmens gesetzt, auch dem Bekl. ausgesprochen haben mag, die nachher nicht verwirklicht worden sind. Jedenfalls könnte Bekl. den Einwand des Dolus nur denjenigen Personen, die ihn getäuscht, nicht aber der Gesellschaft entgegensetzen, da er sich Inhalts des Zeichnungsscheines unbedingt zu den Einzahlungen verpflichtet hat, durch welche nach den Bestimmungen des H.-G.-B's den Gesellschaftsgläubigern die Gewähr für ihre Sicherheit und Befriedigung gewährt werden soll. Selbst wenn aber der Bekl. gegen die Ge-

sellschaft Ansprüche erlangt hätte, könnte er nicht die Einzahlung der Aktien weigern, sondern er müßte einzahlen und dann seine Ansprüche gegen die Gesellschaft liquidiren." 24. April 72. M. V. 99. St. VII. 6.

**80.** Bekl., wegen Einzahlungen auf die bei einer Aktienkommandit-Gesellschaft gezeichneten Beträge in Anspruch genommen, wendet ein, er habe mit dem Direktor G. wegen Uebernahme einer Agentur der klagenden Gesellschaft unterhandelt und demselben eine Kaution von 100 Thlr. eingezahlt. Da G. nicht sofort einen Kautionsschein beschaffen konnte, so sei auf G's. Vorschlag der, der Klage beigefügte Zeichnungsschein vom Beklagten, dagegen von G. eine Quittung über 100 Thlr. als erste Einzahlung von 25 pCt. auf zwei Aktien ausgestellt; jedoch sei dabei ausdrücklich zwischen dem Bekl. und G. verabredet, daß diese Unterschriften nur pro forma seien, der Zeichnungsschein insbesondere den Bekl. zu keinerlei Nachzahlungen verpflichte und daß Bekl. gegen Rückgabe jener Quittung später einen ordnungsmäßigen Kautionsschein erhalten solle. Die Einrede ist verworfen worden. „Bekl. kann, nachdem er den Zeichnungsschein sowohl ohne alle Bedingungen und Klauseln vollzogen und der Gesellschaft durch Vermittelung des Subdirektors ausgehändigt hat, sich der Erfüllung der nach den klaren Worten des Zeichnungsscheines und Art. 184 übernommenen Verpflichtungen nicht unter Berufung auf jene Abreden mit G. entziehen, er muß vielmehr einzahlen und kann ihm nur überlassen bleiben, seine etwaigen Rechte aus jenen Abreden anderweit geltend zu machen." — 2. Nov. 72. M. VII. 107; C. III. 1.

## Art. 184, 196. Alin. 3.

### Prokurist einer Aktienkommanditgesellschaft. Nebenabreden bei der Aktienzeichnung.

**81.** a) Seitens einer Kommandit-Gesellschaft auf Aktien sind Einzahlungen auf die gezeichneten Aktien ausgeschrieben worden. Die Aufforderungen sind unterzeichnet von einem persönlich haftenden Gesellschafter und einem Prokuristen. Dies entspricht insofern den Statuten, als dieselben bestimmen, daß die rechtsverbindliche Zeichnung der Gesellschaftsfirma durch Namensunterschrift zweier Gesellschafter oder mindestens eines Gesellschafters und eines Prokuristen erfolgen solle. Der App.-Richter hat gleichwohl die auf Grund dieser Aufforderung gegen einen der Zeichner gerichtete Klage abgewiesen, weil nach Inhalt der Statuten die Aufforderungen von sämmtlichen Komplementaren ausgehen müßten, die von einem derselben allein ausgegangene demnach nicht für genügend erachtet werden könne. „Zu einer Vertretung der übrigen persönlich haftenden Gesellschafter, sei aber H., wenn er auch Prokurist gewesen, nicht für legitimirt zu erachten, da es sich bei der fraglichen Ausschreibung weiterer Nachzahlungen um ein Geschäft handle, welches den inneren Bestand der Gesellschaft und das Verhältniß der Socien untereinander tangire, die Prokura aber nach Art. 42 nur zu dem Geschäftsbetriebe mit Dritten, nicht aber zu Beschlüssen den Socien gegenüber ermächtige. Das Ob.-H.-Ger. hat diese Entscheidung vernichtet. In den Gründen wird zunächst die Zulässigkeit einer Prokura bei der Aktien-Kommanditgesellschaft überhaupt dargethan und insbesondere daraus begründet, daß

die Vorschriften über die einfache Kommanditgesellschaft regelmäßig auch auf die Aktienkommandite Anwendung finden, da die Verschiedenheit der beiden Formen der Kommanditgesellschaft wesentlich die sich nur mit Vermögenseinlagen betheiligenden Personen betreffe. Art. 196 Al. 3 erkläre die Bestimmung des Art. 167 Al. 3 auf Aktienkommanditgesellschaften nicht für anwendbar; daraus folge, daß bezüglich der von dem zum Prokuristen bestellten Kommanditisten für die Aktienkommanditgesellschaft geschlossenen Geschäfte die allgemeine Vorschrift des Art. 52 Al. 2 zur Anwendung komme. —

b) Ferner wird die Ausführung des App.-Richters widerlegt, daß die Prokura nur zu Geschäften mit Dritten, nicht aber zu Beschlüssen den Socien gegenüber ermächtige. Der Prokurist sei das Alter Ego des Prinzipals. Er könne, abgesehen von den im Art. 42 ausdrücklich statuirten Ausnahmen alle Handlungen vornehmen, zu denen der persönlich haftende Gesellschafter befugt sei. Die vom App.-Richter aufgestellte Unterscheidung zwischen dem Geschäftsbetriebe mit Dritten und der Vertretung den Socien gegenüber könne dahin gestellt bleiben. „Der einzelne Kommanditist ist nicht mit der Gesellschaft zu identifiziren, er ist nicht der Prinzipal des Prokuristen; er ist auch nicht Gesellschafter; er ist an der Gesellschaft nur mit dem seinen Aktien entsprechenden Theile der Vermögenseinlage betheiligt, er steht, soweit es sich um die gezeichneten Aktienbeträge handelt, der Gesellschaft als Dritter, als Schuldner gegenüber cfr. Art. 184." Danach unterliege die Fähigkeit des Prokuristen, die persönlich haftenden Gesellschafter auch in Betreff der Einforderung und Einklagung von Einzahlungen zu vertreten, keinem Bedenken. 2. Nov. 72. M. VII. 107. C. III. 1. Uebereinstimmend Erk. 15. Febr. 73. M. IX. 22. —

## Art. 197, 218.

### Tantième-Berechnung für die mit Gewinnantheil angestellten Hülfspersonen.

**82.** „Zusicherungen von Gewinn-Partizipationen (sog. Tantièmen), welche Geschäftsangestellten, Kommis, Agenten und sonstigen derartigen Hülfspersonen gemacht werden, haben nicht den Zweck, die Benefiziaten zu Theilnehmern an Gewinn und Verlust zu machen. Verluste sollen vielmehr sie nur insofern treffen, als dadurch der ohne deren Eintritt zu machende Gewinn geschmälert oder aufgehoben werden möchte und außerdem wird bei den in Betracht kommenden Stipulationen als etwas Selbstverständliches vorausgesetzt, daß periodische, in der Regel jährliche, Rechnungsabschlüsse stattfinden, so daß die Gewinn- und Verlustbeträge jeder einzelnen Rechnungsperiode separat einander gegenüber gestellt werden, um zu ermitteln, ob in dem betreffenden Zeitraume ein Gewinn und event. ein wie großer erlangt worden und folglich ein Gewinnantheil zu vergüten sei. Finden auf Grund solcher Berechnungen Verzinsungen statt, so verbleiben sie dem Gewinnpartizipanten definitiv, wenngleich in späteren Geschäftsperioden der Verlust den Gewinn übersteigt." Diese Behandlung ist so sehr in der Natur des zu Grunde liegenden Verhältnisses begründet, daß sie auch in den gesetzlichen Bestimmungen über die Kommandit- und Aktiengesellschaft Anerkennung ge-

funden hat. Aus diesem Grunde ist die Klage einer Versicherungsgesellschaft zurückgewiesen worden, welche von ihrem Agenten die Rückerstattung einer demselben für das Jahr 1863 bewilligten net-commission forderte, weil in den bereits folgenden Jahren der eingegangene Netto-Prämienbelauf die zu zahlenden Schadenssummen nicht gedeckt hatte. Dabei wird weiter ausgeführt: Es sei allerdings richtig, daß bei umfänglichen Assekuranzgeschäften die Ermittelung des Gewinn- oder Verlustergebnisses für die einzelnen Rechnungsperioden eigenthümlichen Schwierigkeiten unterliege; allein dies könne nur dahin führen, wenn nicht sogleich beim Abschlusse des Agenturvertrages, dann doch während seiner Dauer einen Modus der Jahres-Gewinn- und Verlust-Rechnung festzustellen. „Die Verwaltungen der Assekuranz-Kompagnien welche ihren Aktionairen gegenüber in der Lage sind, falls Gewinnüberschüsse der Jahreszeiträume sich herausstellen, diese den Aktionairen als Dividenden gewähren zu müssen, pflegen am Ende der einzelnen Zeiträume einen gewissen Betrag, als zur Deckung der noch laufenden Risikos vermuthlich ausreichend, auszuwerfen und danach die Gewinn- und Verlustberechnung zu formiren. Dieselbe Verfahrungsweise hätte auch hier angewendet werden können, allein dies ist nicht geschehen." — Vielmehr habe die Gesellschaft konstant die Praxis beobachtet, die Gewinnausfälle des neuen Jahres nicht auf die Ueberschüsse des anderen Jahres zu übertragen. Dieses Verfahren sei auch keineswegs irrational, empfehle sich vielmehr durch seine Einfachheit. Gewähre dasselbe anscheinend dem Bekl. einen gewissen Vortheil, so werde dies doch wesentlich dadurch bewirkt, daß Klg. das Agenturverhältniß schon wenige Jahre nach dessen Beginn beendet habe. „Hätte dasselbe eine viel längere Zeit bestanden, so würde die Begünstigung der Bekl. von keiner Erheblichkeit gewesen sein." 15. Mai 72. M. VI. 8.

## Art. 197, 182, 183, vgl. Art. 219, 223.

### Kommanditgesellschaft auf Aktien.

### Verkauf von Interimsscheinen. Anspruch des Käufers auf fällige Dividenden.

**83.** Die Gewerbebank H. Sch., Kommanditgesellschaft auf Aktien, zahlt statutenmäßig 4 pCt. Vorwegdividende; die Superdividende soll im Juli jeden Jahres festgestellt werden. Klg. hat im Jahre 1865, als erst 25 pCt. eingezahlt waren, 582 Interimsscheine der Gewerbebank, die mit Dividendenscheinen nicht versehen waren, von ihrem Direktor gekauft. Er wurde ins Aktienbuch eingetragen, leistete aber die zum April 1866 und 1867 ausgeschriebenen Einzahlungen von je 25 pCt. nicht. Im Sept. 1867 verkaufte er die Interimsscheine an die Gewerbebank selbst. Gilt hierbei die für 1866 auf 3 pCt. festgestellte Superdividende, deren keine Erwähnung geschehen ist, als mitverkauft? — Verneint. Diese Superdividende bildete bei dem Verkaufe vom September 1867 eine rückständige Hebung. „Nach ihrer rechtlichen Natur war sie der Jahresertrag des Aktienrechtes des Klägers. Mag auch die juristische Bedeutung der Uebertragung eines Aktienrechtes in mancher Richtung kontrovers sein, das ist nicht zweifelhaft, daß sie, wenn sie gegen einen bestimmten Preis geschieht, im Wesentlichen nach den Regeln des *Kaufes* beurtheilt werden muß." Nach (dem hier maßgebenden) preuß. Rechte gehen aber beim

Sachkaufe Rückstände an regelmäßigen Hebungen, beim Forderungskauf Rückstände vorbedungener Zinsen regelmäßig nicht auf den Käufer über (A. L.-R. I. 11. §. 106, 107). Gleichgültig ist dabei, ob diese Hebungen durch veräußerungsfähige Papiere (Zinskoupons, Dividendenscheine) verbrieft und getragen sind oder nicht. — Klg. hat zwar sich auf einen kaufmännischen Brauch berufen. Es sei kaufmännisch und Berliner Börsenusance, daß beim Verkaufe von Aktieninterimsscheinen im Laufe eines Jahres die Superdividende des Vorjahres börsenusancemäßig als mitverkauft gelte. — Allein es ist nicht ersichtlich, daß der Verkauf vom 30. September 1867 an der Börse geschlossen worden, auch ist nicht erkennbar, ob ein allgemeiner Brauch auch außerhalb des Börsenhandels hat behauptet werden sollen, vor Allem aber scheint nicht behauptet, daß jene Usancen auch dann gelten, wenn der Verkauf nach bereits festgestellter und fällig gewordener Dividende des Vorjahres geschieht. Selbst wenn man aber eine Usance in diesem letzteren Sinne annehmen wollte, würde doch ihre Anwendung auf den vorigen Fall unstatthaft sein. Die Bekl. hat nämlich dem Klg. über den vorliegenden Fall eine besondere Berechnung aufgestellt,*) in welcher als ihr übereignete und dem Klg. vergütete Werthe spezialisirt werden:

1) Die Interimsscheine zum Kourse von 90 pCt.
2) 4 pCt. Zinsen der Einlage, nämlich die Vorwegdividende.

Sie benennt dagegen nicht die Superdividende und daß diese nicht etwa in dem Kourse stecken, also in ihm vergütet sein kann, ergiebt sich daraus, daß sie bereits seit Monaten fällig war, ein dem Klg. zukommender à Conto-Dividend (Renaud, Recht der Aktiengesellschaften S. 570) also nicht existirte. Bei dieser Sachlage ist unmöglich anzunehmen, daß die Parteien gewillt gewesen wären, die Superdividende solle der Bekl. ohne Vergütung zufallen.

Bekl. hat ferner die Einrede der Kompensation erhoben, darauf gestützt, daß Klg. mit den Einzahlungen säumig gewesen und deshalb in die statutenmäßige Konventionalstrafe verfallen sei. Auch dieser Einwand wird verworfen. „Klg. war nicht der ursprüngliche Zeichner der 582 Aktien. Wie er sie, resp. die Interimsscheine erworben, steht nicht fest. Nach seiner eigenen Angabe hat er sie 1865 von dem Bankdirektor H. Sch. in partem pretii erhalten, ob aber von diesem als persönlich haftendem Gesellschafter der Bekl. oder als Privatperson, steht nicht fest. Hätte er sie von der Bekl. acquirirt, so würde seine Pflicht zur Leistung der späteren Ratenzahlungen kaum zweifelhaft sein; betreffs dieser Pflicht stände er alsdann dem ersten Zeichner gleich. Allein dieselbe Pflicht traf ihn, weil er auf seinen Betrieb bereits 1865 als Aktionair in das Aktienbuch der Bekl. eingetragen worden. So bestritten die juristische Konstruktion dieser Pflicht sein mag, im H.-G.-B. ist sie als bestehend

---

*) Die Berechnung lautete:

| | |
|---|---|
| 200 Thlr. (als Interimsschein mit 25 pCt. Einzahlung) à 90 pCt. | 180 Thlr. — Sgr. |
| Davon ab die fehlenden 75 pCt. Einzahlung . . . . . . | 150 " — " |
| Mithin Werth des Interimsscheines . . . . . . . . . . | 30 Thlr. — Sgr. |
| 30 mal 582 . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 17,460 " — " |
| Dazu die fälligen 4 pCt. Zinsen pro 1866 und 1867 von 14,550 Thlr. Einzahlungskapital . . . . . . . . | 999 " 12 " |
| Summa . . | 18,459 Thlr. 12 Sgr. |

vorausgesetzt. Art. 182, 183, 219, 233. — Demnach war der Klg. vom Tage der Fälligkeit der Einzahlungen an im Verzuge, mithin verpflichtet zur Verzinsung und zur Strafe. — Allein mit Recht macht Klg. geltend, daß sein Verzug durch den Verkauf vom 30. Sept. 1867 sanirt ist, denn die Käuferin war die Bekl. selbst, sie hat in ihrer Rechnung von dem Werthe der Interimsscheine den Betrag der rückständigen Einzahlungen abgesetzt, also die letzteren selbst übernommen, und den Klg. von dieser Leistung entbunden. — Ob der Kauf vom 30. Sept. 1867 schlechthin als Erstattung der Einlagen des Klägers und als Erlaß der noch zahlbaren Raten aufzufassen und ob er bei dieser Bedeutung auch von der Gesellschaft aufgerufen oder nur den Gesellschaftsgläubigern nicht entgegengesetzt werden könne, diese Fragen bedürfen keiner Entscheidung. Denn die Bekl. hat sich von dem Kontrakte von 30. September 1867 nicht losgesagt und es handelt sich nicht um die Annullirung des Erlasses der Rückstände, sondern um seine Wirkung in Ansehung des Verzuges. 14. Mai 72. M. VI. 28; St. VII. 27; C. I. 53.

## Art. 199.

### Austritt eines persönlich haftenden Gesellschafters.

**84.** Einer der persönlich haftenden Gesellschafter ist, bevor das Gesetz vom 11. Juni 1870 Gesetzeskraft erlangte, aus der Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgeschieden. Nach der ursprünglichen Fassung des Art. 199 war ein solches Abkommen in Ermangelung der Genehmigung der General-Versammlung ohne alle Wirkung. Die neue Redaktion läßt den Austritt zu, vorausgesetzt, daß noch ein persönlich haftender Gesellschafter bleibt. Nach §. 5 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 findet diese Bestimmung auch auf die bereits früher errichteten Gesellschaften Anwendung, wenn in deren Statuten bestimmt ist, daß das Austreten eines persönlich haftenden Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge haben solle. Dies trifft im vorliegenden Falle zu. Mag man hiernach die ältere oder die neuere Fassung zu Grunde legen, so würde die Gesellschaft fortbestanden haben. 26. Okt. 72. M. VII. 92; C. II. S. 439.

## Art. 207. fgg.

### Aktiengesellschaft. Grundkapital.

**85.** In dem Erk. vom 3. Mai 72 wird — im Gegensatze zu den auf das Prinzip der Gegenseitigkeit gegründeten Gesellschaften — bemerkt: Die Existenz einer Aktien-Gesellschaft ist selbstverständlich durch die Zeichnung des vollen Grundkapitales bedingt, weil das Grundkapital zum Wesen des Aktienvereines gehört. H.-G.-B. Art. 207, 209[1], 207[a]; 200. — 3. Mai 72. M. VI. 18.

## Gesetz vom 11. Juni 1870. §. 2 Al. 2; §. 1 Art. 208; § 4.

### Einfluß der neuen Bestimmungen auf in der Bildung befindliche Aktiengesellschaften.

**86.** Die Altonaer Baugesellschaft, eine Aktiengesellschaft, die vor dem Gesetze vom 11. Juni 1870 nicht als Handelsgesellschaft zu betrachten

war und unter der Herrschaft des preußischen Gesetzes vom 15. Februar 1864 stand, hatte in ihrem Statut landesherrliche Genehmigung vorbehalten. Die Gesellschaft ist nach der Emanation des Gesetzes vom 11. Juni 1870 ins Leben getreten, die landesherrliche Genehmigung wurde, weil inzwischen entbehrlich geworden, nicht extrahirt. Der Bekl., der vorher gezeichnet hatte, weigerte die Einzahlung, weil die Gesellschaft mangels der landesherrlichen Genehmigung nicht existent geworden sei. Der App.-Richter verwarf diese Ansicht, weil 1) der §. 2 al. 2 des gedachten Gesetzes sogar für die schon bestehenden Aktiengesellschaften die die staatliche Genehmigung betr. Bestimmungen außer Kraft gesetzt habe, und weil 2) nicht angenommen werden könne, die Kontrahenten seien gewillt gewesen, diese Genehmigung als eine Bedingung für die Verbindlichkeit der Zeichnung aufzustellen. Die Nichtigkeitsbeschwerde hiergegen wurde verworfen. Implorant rügte Verletzung des §. 2, weil der App.-Richter angenommen habe, daß derselbe auch auf die in der Bildung befindlichen Aktiengesellschaften anwendbar sei. Darauf wird in dem Erk. des O.-H.-G. bemerkt: Der §. 2 al. 1 handle allerdings nur von den bei Erlaß des Gesetzes bereits existirenden Gesellschaften. Allein der App.-Richter habe durch die Berufung auf jenen §. 2 auch nur aussprechen wollen, daß derselbe die Frage mindestens nicht zu Gunsten des Imploranten entschieden habe, andererseits habe er mit Recht angenommen, jene Bestimmung mache es um so zweifelloser, daß die Aufhebung der landesherrlichen Genehmigung sich auch auf die in der Bildung begriffenen Aktiengesellschaften beziehe. Ebenso wird der ad 2 hervorgehobene Grund des App.-Richters gegen die Angriffe des Imploranten in Schutz genommen. Endlich wird eine Rüge des Imploranten zurückgewiesen, welche auf §. 1 Art. 208 des Ges. vom 11. Juni 1870 gestützt ist, sofern übersehen worden, daß die Gesellschaft durch das neue Gesetz eine Handelsgesellschaft geworden sei. „Diese neue Bestimmung ist allerdings auf die durch den Gesellschaftsvertrag hervorgerufenen Rechtsverhältnisse nicht ohne Einfluß. Allein die betr. Modifikationen sind die Ausführungen des App.-Richters um so weniger zu erschüttern geeignet, als im §. 4 des Gesetzes jener Neuerung rückwirkende Kraft beigelegt und diese sogar für die bestehenden Gesellschaftsverhältnisse als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird." 28. Juni **27. M. VI. 99.**

## Art. 209.

### Bedeutung des Statutes einer Aktiengesellschaft.

**87.** Das landesherrlich bestätigte Statut einer Aktiengesellschaft trägt zwar äußerlich die Form des Gesetzes, sein Inhalt aber, soweit er sich auf Regelung der Beziehungen des Vereines zu seinen Mitgliedern beschränkt, hat den Charakter von nur administrativ bestätigten Vereinbarungen der Interessenten. Die richterliche Auslegung des Statutes kann daher nicht mit der Nichtigkeits-Beschwerde angefochten werden. — 21. Nov. 71. St. IV. 58.

Uebereinstimmend Erk. v. 20. Apr. 72. St. VII. 2.

## Art. 211. fgg.

### Unverbindlichkeit eines ohne die Zustimmung der Zeichner errichteten Statutes.

**88.** Es handelt sich um die Frage, ob ein Aktienzeichner dem ohne seinen Willen errichteten Statut unterworfen sei. Vom Gesetze ist dieselbe gleich allen übrigen, die Vorbereitung des Unternehmens betreffenden Fragen absichtlich offen gelassen worden; aus Art. 208 ist keine Entscheidung hierfür zu entnehmen. Die maßgebenden Rechtsgrundsätze aber führen zur Verneinung der Frage. Die frühere Preußische Gesetzgebung (Gesetz vom 3. Nov. 1838 über die Eisenbahnunternehmungen §. 1 und 3) unterstellt eine vor Konstituirung des Aktienvereines bestehende anderweitige Gesellschaft mit einem sog. Gesellschaftsvertrage oder (provisorischen) Statut, sei es unter sämmtlichen Zeichnern, sei es zwischen den Gründern und allen Zeichnern, und dasselbe (das provisorische Statut) ist, ungeachtet die theoretischen Konstruktionen weit auseinander gingen, in diesem Sinne konstant von der preußischen Praxis aufgefaßt worden, wenn auch nicht immer unter scharfer Scheidung der Gründer-, bez. Zeichner-Gesellschaft von der aus ihr hervorgehenden Korporation des Aktienvereines, wie denn auch solcher Auffassung Art. 211 H.-G.-Bs.;

> Wenn vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch —

entschieden zur Seite steht. — Zur Perfektion einer Societät gehört an sich lediglich die Feststellung des gemeinschaftlichen Endzweckes und der Mittel, durch welche derselbe erreicht werden soll. — Alles fehlende wird nach den subsidiären gesetzlichen bez. gewohnheitsrechtlichen Normen ergänzt. So mag es genügen, falls die zur Erbauung einer Eisenbahn zusammengetretene Unternehmergesellschaft lediglich vereinbart, daß die ihrer Richtung nach genau bestimmte Bahn mit gemeinschaftlichen Mitteln errichtet werden solle, denn sogar das nicht vereinbarte Maß der Beitragspflicht regelt sich nach dem Gesetze (Allg. L.-R. I. 17 §. 189. 175. H.-G.-B. 267, vgl. 102). — Ist hingegen Zweck dieser Gesellschaft die Begründung eines Aktienvereines für Erbauung, bez. Betrieb einer Eisenbahn, so genügt eine Vereinbarung der gedachten Art auch nur zur Perfektion der Gründungsgesellschaft keineswegs. — Mindestens muß auch die Höhe des Grundkapitales, die Art seiner Aufbringung, die Höhe der einzelnen Aktien, die Verfassung des Vereines in seinen Grundzügen festgestellt sein. So lange es hieran fehlt, besteht wegen Unbestimmtheit des Zweckes auch die Gründungsgesellschaft nicht zu Recht, kann vielmehr am Dissens über einen jener wesentlichen Punkte scheitern." Dem entspreche auch die Praxis bei der Begründung von Aktienvereinen. Von den Gründern werde den Zeichnern das fertige Statut oder doch ein Statutenentwurf vorgelegt, bez. zur Einsicht veröffentlicht und die Zeichnung erfolge auf Grund dieses Statutes. Dabei werde häufig dem s. g. Gründungskomité Vollmacht zu Abänderungen und Ergänzungen ertheilt, namentlich soweit solche zur Erlangung der staatlichen Konzession erforderlich seien. Für Fälle dieser Art werde denn auch die Wirksamkeit der abgeänderten, wenngleich von den Zeichnern nicht mit vollzogenen Statuten allgemein anerkannt. „In dem seltenen Falle, daß eine Abänderung des

Entwurfes ohne Ermächtigung der Zeichner erfolgt ist, bedarf es unzweifelhaft der Genehmigung der Statutsabänderungen durch die Zeichner und es wird nur darüber gestritten, ob für diesen Zweck die Uebereinstimmung aller Zeichner erforderlich ist, oder ein Beschluß der für diesen Zweck berufene Generalversammlung, einstimmig oder gar nur der Mehrheit genügt. Ist nicht einmal ein solcher Mehrheitsbeschluß erzielt oder auch nur versucht, so darf dem Zeichner nicht entgegengehalten werden, daß das landesherrlich genehmigte, gegen den Entwurf abgeänderte Statut von der Mehrheit der Zeichner würde gebilligt worden sein oder gar, wie Klg. prätendirt, von dem Zeichner der Nachweis begehrt werden, daß solche Billigung nicht erfolgt sein würde. Noch weiter ab liegt der Fall, daß die Feststellung des nicht einmal im Entwurf vorhandenen Statutes mit bindender Wirkung bestimmten Personen, dem Gründungskomité oder anderen übertragen wird. Daß in solcher Weise die Zeichner Zweck und Inhalt des Aktienvereines, somit auch des Gründungsvertrages schlechthin in das Belieben oder selbst das billige Ermessen Dritter oder gar von Mitzeichnern stellen sollten, ist schwerlich denkbar und soweit das bloße Belieben entscheiden soll, auch rechtlich unstatthaft. Jedenfalls bedürfte es hierzu einer völlig unzweideutigen Willenserklärung." — 1. Okt. 72 M. VII. 72; C. II. 97.

## Art. 211.

### Aktien-Gesellschaft als Nachfolger des Gründungsvereines.

**89.** In dem Erk. vom 15. Dez. 1871 wird auf Grund des vor dem Ges. vom 11. Juni 1870 geltenden sächsischen Rechtes ausgeführt, daß die von dem Bekl. vor der landesherrlichen Bestätigung einer Aktiengesellschaft dem Gründungsvereine gegenüber eingegangene Verpflichtung zu Einzahlungen an die Aktiengesellschaft der letzteren ein Klagerecht gewährt. Abgesehen von den speziell dem sächsischen Rechte entnommenen Gründen wird namentlich ausgeführt, daß die Aktiengesellschaft als Nachfolger des Gründungsvereines anzusehen sei. Es unterliege keinem Zweifel, daß die ursprünglichen Societätsmitglieder das ihnen damals zustehende Vermögen auf die neu geschaffene juristische Persönlichkeit in rechtlich zulässiger Weise übertragen hätten. — 15. Dez. 71. M. IV. 62; St. V. 26.

## Art. 211, 269.

### Gründungskonsortium. Versprechen desselben.

**90.** Klg. hat mit den Bekl. zu einem Konsortium behufs Gründung einer Aktienbank gehört. Er behauptet, daß ihm für den Fall des Zustandekommens eine angemessene Provision und die Ueberlassung einer beliebigen Anzahl Aktien zum Parikurse zugesichert worden sei; und hat hierauf einen Klageanspruch gegründet. Abgewiesen. In den Gründen wird ausgeführt:

a) Das sog. Konsortium, d. h. die vertragsmäßige Vereinigung von zwei oder mehreren Personen zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, ist weder juristische Person noch auch

nur gleich der offenen Handelsgesellschaft eine modifizirte Societät, sondern reine Societät. Was Namens dieses Konsortiums von dessen einzelnen Mitgliedern versprochen wird, ist Versprechen dieser Mitglieder für sich und auf die Wirksamkeit des Versprechens der Fortbestand des Konsortii an sich ohne Einfluß, zumal nach Handelsrecht, welches mehrere Promittenten aus Handelsgeschäften der solidarischen Verpflichtung auch in dem Falle unterwirft, daß unter den Promittenten eine Societät nicht besteht 280, 269 [2].

b) Das behauptete Versprechen im vorliegenden Falle sei einer doppelten Auffassung fähig. Es könne gemeint sein als eine persönliche Verpflichtung der Promittenten zur Entrichtung einer Provision und zur Ueberlassung einer gewissen Anzahl Aktien. Die Absicht der Promittenten sei aber möglicherweise auch blos dahin gegangen, dafür Sorge zu tragen, daß dem Klg. diese Vortheile zukämen, es sollte somit die Provision nicht zu ihren Lasten, sondern zu Lasten der künftigen Aktien-Gesellschaft als Theil der Gründungskosten entrichtet werden und es sollte der Aktienbezug von dem den Gründern reservirten Theile des Aktien-Kapitales stattfinden. Die zweite Auffassung liegt näher als minder belastend und dem üblichen Geschäftsgange entsprechend. „Unter dieser Voraussetzung aber hätte Klg. darlegen müssen, daß Bekl. in der Lage waren, die Erfüllung jener Zusage zu bewirken, bezw. deren Vereitelung zu verhindern. Hierfür indeß fehlt es der Klage an jedem Anhalt. Der Umstand, daß Bekl. sich unter den Konzessionairen der betr. Bank befunden, an deren Gründung betheiligt und selber ein Kapital von 50,000 Thlr. Aktien gezeichnet hat, reicht für diesen Zweck nicht aus." — 24. Jan. 73. M. IX. 41.

## Art. 211, 213.

### Haftung der in ein Gründerkonsortium eingetretenen Personen.

**91.** Art. 113 handelt von der offenen Handelsgesellschaft und findet auf das Gründerkonsortium einer Aktiengesellschaft keine Anwendung; für letztere ist vielmehr Art. 211 maßgebend. — 11. Mai 72 M. VI. 4.

## Art. 211. Gesetz vom 11. Juni 1870 §. 4.

### Anwendbarkeit auf früher errichtete Gesellschaften.

**92.** Kläger verlangt Nichtigkeitserklärung der in der Gen.-Vers. der beklagten Aktiengesellschaft vom 12. März 1872 gefaßten Beschlüsse, weil die Bekl. nicht in das Handelsregister eingetragen ist. Abgewiesen. Es handelt sich um eine vor dem Gesetze vom 11. Juni 1870 errichtete Handelsgesellschaft, deren Gegenstand nicht in der gewerbsmäßigen Betreibung von Handelsgeschäften bestand. Das H.-G.-B. in seiner ursprünglichen Fassung disponirte über solche Gesellschaften überhaupt nicht, hat daher für dieselben auch nicht die Eintragung in's Handelsregister vorschreiben können. Nach dem Ges. vom 11. Juni 1870 kann es freilich keinem Zweifel unterliegen, daß die bekl. Gesellschaft gegenwärtig als eine Aktien-Gesellschaft im Sinne des H.-G.-B. zu gelten habe. „Daraus folgt aber keineswegs ohne Weiteres, daß die Vorschrift des Art. 211 in seiner

jetzigen Fassung, nach welcher vor erfolgter Eintragung die Aktiengesellschaft als solche nicht besteht und die vor der Eintragung ausgegebenen Aktien nichtig sind, auch auf die schon vor Erlaß dieses Gesetzes bestehenden und bis dahin der Eintragung nicht bedürfenden Gesellschaften anzuwenden sei." Aus den für diese Gesellschaften maßgebenden Uebergangsbestimmungen im §. 4 des Reichsgesetzes ist deutlich zu ersehen, daß dasselbe sich durchaus nicht überall rückwirkende Kraft hat beilegen, resp. in den Organismus der schon vorhandenen Gesellschaften hat eingreifen, dieselben, soweit sie den Vorschriften des H.-G.-B's nicht schon genügt hatten, hat auflösen und erworbene Rechte hat aufheben wollen." Denn obschon nach der Uebergangsbestimmung des §. 4 sub 1 die Vorschriften des H.-G.-B's, welche die Eintragung in das Handelsregister und die bei dem Handelsgerichte zu bewirkende Zeichnung der Firmen und Unterschriften oder die Einreichung der Zeichnungen betreffen, auf die bezeichneten Gesellschaften gleichfalls Anwendung finden sollen, so ist doch für die Bewirkung dieser Anmeldungen u. s. w. vom Tage des Inkrafttretens des Gesetzes an eine dreimonatliche Frist bewilligt und weiter verfügt, daß nach Ablauf dieser Frist die Betheiligten zur Befolgung der betr. Vorschriften durch Ordnungsstrafen anzuhalten sind. Dies hat aber offenbar zunächst den rechtlichen Fortbestand einer solchen bereits früher bestehenden Kommanditgesellschaft auf Aktien oder Aktiengesellschaft ungeachtet der Nichteintragung derselben während der zur Bewirkung der letzteren vorgeschriebenen Frist zur Voraussetzung, da unmöglich angenommen werden kann, daß das Gesetz den Bestand der Gesellschaft und die Gültigkeit der Aktien in der Zwischenzeit habe aufheben und erst vom Augenblicke der wirklichen Eintragung an habe wieder in's Leben treten lassen wollen. Sodann aber giebt das Gesetz dadurch, daß es auch nach Ablauf der Frist nur Ordnungsstrafen und nicht etwa eine Gleichstellung mit den erst seit Geltung der neuen Vorschriften zu errichtenden Gesellschaften androht, deutlich zu erkennen, daß es den Fortbestand dieser älteren Gesellschaften durch die Vorschriften der Art. 178 und 211 überhaupt nicht in Frage gestellt wissen will, sondern nur im Interesse der Sicherheit des Verkehrs die nachträgliche Eintragung auch dieser Gesellschaften in die Handelsregister verlangt." — Auch aus dem §. 4 Nr. 3 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 ergebe sich, daß die vorher errichteten Gesellschaften hinsichtlich der Voraussetzungen ihres Fortbestandes nicht durchgängig nach den Bestimmungen des neuen Gesetzes zu beurtheilen seien. — 20. Nov. 72, M. VIII. 15.

## Art. 215, Abs. 3. (Gesetz v. 11. Juni 1870.

### Erwerb eigener Aktien durch die Aktien-Gesellschaft.

Das bereits Bd. VI. S. 192 Nr. 47 mitgetheilte Erkenntniß vom 13. Okt. 71 enthält in seiner weiteren Begründung noch die Ausführung, daß der Erwerb eigener Aktien durch eine Aktien-Gesellschaft an sich und abgesehen von dem Ges. v. 11. Juni 1870 keineswegs als unzulässig gelten könne. Die Bedenken, die in dieser Hinsicht geltend gemacht worden, sind namentlich: 1) der Rückkauf eigener Aktien involvire eine Reduktion des Grundkapitales, alterire mithin die Grundlage des Gesellschaftsbestandes; 2) es sei rechtlich unmöglich, daß die Gesellschaft in

Folge des Rückerwerbes eigener Aktien zugleich als eine von den Aktionairen zu unterscheidende Persönlichkeit und dann wiederum selbst als Aktionair erscheinen könne. Indeß beide Gründe treffen in dieser Allgemeinheit nicht zu. 1) kommt in Betracht, daß die bereits eingezahlten Aktien bei Rückkehr an die Gesellschaft einen Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens, mithin ein das Grundkapital ganz oder theilweise ergänzendes Werthstück bilden, während bei nicht voll eingezahlten Aktien der Rückkauf derselben durch die Aktiengesellschaft zwar eine Entlassung des Aktionairs aus dem Obligo zur Folge hat, aber doch nicht nothwendig eine Reduktion des Grundkapitales in sich schließt, da ja an die Stelle der ursprünglichen Zeichner neue Aktionaire treten können, auf welche die Pflicht zu weiteren Einzahlungen übergeht. — 2) Die Aktien repräsentiren in der Hand eines jeden Besitzers ein bei regelmäßigen Verhältnissen realisirbares Werthobjekt, die durch die Rückkehr in die Hand des Schuldners an sich eintretende confusio wird durch die Möglichkeit der Weiterbegebung ausgeschlossen, und selbst wenn man annehmen wollte, die Lebenskraft der Aktien bliebe während der Besitzzeit der Gesellschaft suspendirt, würde dieselbe jedenfalls mit der weiteren Uebertragung auf einen Dritten von Neuem erwachen. Das positive Gesetz erkennt ähnliche, an sich abnorme Verhältnisse ausdrücklich als rechtlich möglich an. (Umschreibung von Hypothekenforderungen auf den Namen des Grundstückeigenthümers.)

Allerdings können Operationen der fraglichen Art mannigfache und sehr erhebliche Unzuträglichkeiten hervorrufen. Namentlich können sie zu einer Verletzung der Gesellschaftsgläubiger führen, welche denselben das Recht zur Anfechtung der zu ihrem Nachtheile geschlossenen Geschäfte verleihen würde. Allein diese Möglichkeit bedingt nicht die Nothwendigkeit absoluter Rechtsunwirksamkeit solcher Geschäfte. Es wird also zunächst Alles von den Verhältnissen des konkreten Falles abhängen. St. IV. 15.

## Art. 216.

### Befugniß des Besitzers von Dividendenscheinen.

**94.** „Der Besitz des Dividendenscheines berechtigt zwar zur Erhebung festgestellter Dividenden, aber für sich allein genommen, überträgt er nicht das gesellschaftliche Recht, bei der Feststellung statutenmäßiger Dividenden mitzuwirken oder eine solche Feststellung zu fordern. — Freilich giebt es Gesellschaftsstatuten, nach denen es zur Feststellung der Dividende nicht eines hierauf gerichteten Gesellschaftsbeschlusses, sondern nur eines gehörigen Abschlusses der Bilanz bedarf, indem im Uebrigen die als Dividende zu behandelnde Quote des Reingewinnes und des Vertheilungstermines ein für alle Mal feststeht. Solchen Statuten zufolge mag, sobald nur die abgeschlossene und genehmigte Bilanz einen Nettogewinn konstatirt hat, der Anspruch des Dividendenschein-Inhabers auf die entsprechende Dividende als ein unbedingtes Gläubigerrecht wenigstens dann erachtet werden müssen, wenn nicht durch Gesellschaftsbeschluß die Gewinnfestsetzung resp. Vertheilung modifizirt oder vertagt ist." — Auch in diesem Falle muß aber die Bilanz approbirt und der Jahresüberschuß definitiv und vorbehaltlos festgestellt sein. 22. April 73. M. IX. 81; C. III. 45.

## Art. 219, 213.

### Aktionair als Gläubiger der Aktien-Gesellschaft.

**95.** „In Erwägung, daß der Appellationsrichter durch die Annahme, weil Dr. v. J. den Gesellschaftsausschuß und den Geranten mitgewählt habe, sei er nicht blos als Aktionair sondern auch als Gläubiger der Gesellschaft an die von jenen innerhalb ihrer statutenmäßigen Vollmacht vorgenommenen Handlungen gebunden, den Art. 219 durch Nichtanwendung verletzt hat, indem aus der Vorschrift dieses Artikels, daß der Aktionair zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr als den für die Aktie statutenmäßig zu leistenden Beitrag, nicht schuldig ist, sich die Konsequenz ergiebt, daß einem Aktionair, welcher zugleich Gläubiger der Gesellschaft ist, diese seine doppelte Eigenschaft in den Rechten, welche ihm als Gläubiger zustehen, keinen Eintrag thun kann, wie denn auch nach Art. 213 die Aktiengesellschaft selbstständig ihre Rechte und Pflichten hat und daher weder mit den einzelnen Aktionairen noch mit der Gesammtheit der Aktionaire identifizirt werden darf." 11. Mai 72. M. VI. 4.; St. VII. 24.

## Art. 227 fgg.; 43.

### Prokurist einer Aktien-Gesellschaft. Zeichnung der Firma durch denselben in Verein mit einem Vorstandsmitgliede.

**96.** Der Vorstand einer Aktien-Gesellschaft hat zwei Prokuristen bestellt, mit der Bestimmung, daß Jeder derselben zur Mitzeichnung der Firma per procura im Verein mit einem Vorstandsmitgliede befugt sein solle. Entgegen den Vorinstanzen, welche hierin eine nach Art. 43 unzulässige, Dritten gegenüber unwirksame Beschränkung der Prokura gefunden haben, erklärt das Ob. H.-Ger. diese Maßgabe für zulässig. Innerhalb der durch verbietende Gesetze gezogenen Grenzen werde die autonomische Gestaltung neuer, durch die Bedürfnisse des Verkehres erzeugter Formen in Bezug auf die Organisation der Handelsgesellschaften ein Zweifel nicht ausgeschlossen, wie ja die Prokura an sich, obgleich ihrer im Buch II. Tit. 3 H.-G.-B. nicht Erwähnung geschieht, neben den im Gesetze ausdrücklich angeordneten Organen der Aktiengesellschaft unbedenklich Raum gefunden habe. Daß eine Bestimmung wie die obige mit der Unbeschränkbarkeit der Prokura nicht im Widerspruche stehe, ergebe sich aus der vom Gesetze selbst zugelassenen Kollektivprokura. Die mehreren Personen gemeinschaftlich übertragene Vollmacht, eine Aktiengesellschaft als Prokuristen zu vertreten, höre dadurch nicht auf, Prokura zu sein, daß von den mehreren Personen die eine dem Organismus der Gesellschaft auch in einer anderen Eigenschaft angehöre; ein Vorstandsmitglied, welches dem andern Prokuristen mitwirkend und mitzeichnend zur Seite gestellt werde, betheilige sich, indem es sich diesen Funktionen unterziehe nur an einem Akte der Prokuraverwaltung und trete für diesen Fall aus seiner Stellung als Vorstandsmitglied insofern heraus, als er in letzterer statutenmäßig für sich allein nicht, sondern nur in Verbindung mit einem andern Vorstandsmitgliede die Gesellschaft vertrete. 4. Jan. 73. M. VIII. 80.

## Art. 227, 229, 234.

### Permanenter Direktor zur Ausführung der Vorstandsbeschlüsse.

**97.** Klg. behauptet: Der permanente Direktor R. habe in den Jahren 1859 bis 1862 von seinen Mitdirektoren ausdrücklichen Befehl gehabt, die vom Direktorium wie vom Ausschusse gefaßten Beschüsse ohne ihre weitere und besondere Ermächtigung allein zur Ausführung zu bringen. Der App.-Richter erklärt diese Behauptung für unerheblich. Es dürfte nicht einer von mehreren Direktoren ein für allemal, ermächtigt werden, die direktoriellen Funktionen seiner Mitdirektoren auszuüben, weil die Vertretung der Gesellschaft nach außen dem Vorstande in seiner Gesammtheit obliege. Art. 234 gestatte zwar, neben dem Vorstande auch andere Personen zur Vertretung der Gesellschaft zu ermächtigen. Danach würde auch ein Vorstandsmitglied von den übrigen mit einer derartigen beschränkten Vollmacht versehen werden können, nicht aber in Bezug auf die der Gesammtheit des Vorstandes obliegenden Geschäftsführung. — Das Ob.-H.-Ger. ist anderer Ansicht. Es handelt sich hier blos um die Uebertragung eines Theiles der zu den Funktionen des Vorstandes gehörigen Arbeiten auf ein einzelnes Vorstandsmitglied, um eine Vertheilung der Direktionsgeschäfte unter die einzelnen Glieder des Vorstandes. — „Das Klagevorbringen drückt nur aus, daß die Ausführung der Beschlüsse, wenn und soweit sie den Statuten und der Sache gemäß zu erfolgen hat, nicht durch alle drei Direktoren, sondern durch den permanenten Direktor allein geschehen solle. Das trifft natürlich nicht diejenigen Beschlüsse, die zur Ausführung noch nicht reif sind, oder bei denen es doch erst noch weiterer Entschließung hinsichtlich der Ausführung bedarf. Diese Entschließung ist und bleibt natürlich Sache der Gesammtheit des Direktorii. — Die Sache gestaltet sich demnach ganz so, wie in dem Falle, wenn die im Wesentlichen blos mechanische Ausführung der Direktorial- oder Gesellschaftsbeschlüsse nach Außen, zwar Namens des Vorstandes, aber durch einen hierzu besonders angestellten Beamten, wie Art. 234 gestattet, erfolgt." — 8. Mai 72. M. VI. 87.

## Art. 230, 231.

### Aktiengesellschaft. Beschränkungen des Vorstandes.

**98.** Der Direktor der Lebensversicherungsgesellschaft „Germania" hat dem Bekl. eine bestimmte Agenturprovision für alle durch ihn vermittelten Versicherungen zugesichert. Die Verbindlichkeit dieses Abkommens für die Gesellschaft wird bestritten auf Grund des §. 16 der Statuten, welcher bestimmt:

> „Alle von der Gesellschaft ausgehenden Urkunden müssen, um die Gesellschaft zu verpflichten, von dem Direktor und einem Mitgliede des Verwaltungsrathes vollzogen werden."

Diese Bestimmung ist freilich auch in das Gesellschaftsregister eingetragen. Indessen, wollte man auch die, zunächst nur die Form schriftlicher Willenserklärungen betreffende Vorschrift des §. 16 dahin verstehen, daß jede, auch mündliche Willenserklärung des Vorstandes der Mitwirkung oder Genehmigung eines Mitglieder des Verwaltungsrathes bedürfe, so

steht doch der Klägerin die absolute Vorschrift der Art. 230, 231 entgegen. In sehr eingehender Weise wird aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmungen des H.-G.-B's über die Prokura wie über die Vertretung bei Handelsgesellschaften und namentlich Aktiengesellschaften begründet, daß Dritten gegenüber eine an sich nicht zulässige Beschränkung der Vertretungsbefugniß nicht geltend gemacht werden kann, mögen sie von derselben Kenntniß gehabt haben oder nicht. Es stehe ihnen gegenüber lediglich der Einwand des Dolus nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu, d. h. nur dann, wenn sie mit dem absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handelnden Vorstande kolludirt haben.

Im vorliegenden Falle begründet es in dieser Hinsicht auch keinen Unterschied, daß der Bekl. durch den Dienstvertrag vom 18. April 1863 als „Beamter" der Germania angestellt worden ist. Denn der Beamte einer Aktiengesellschaft ist nur innerhalb seines Geschäftskreises oder seiner Vollmacht Organ der Gesellschaft; im Uebrigen steht er, gleich jedem Andern, der Gesellschaft als Dritter gegenüber. Das Gesetz unterscheidet nicht, mit wem der Vertrag geschlossen wird. Jeder Gegenkontrahent des Vorstandes als solcher ist eine dritte Person im Sinne des Gesetzes. Die dritten Personen bilden nach dem Sprachgebrauche des H.-G.-B's überall den Gegensatz zum Prinzipal, mag dieser ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft sein. — 14. Mai 72. M. VI. 27. St. VI. S. 172; C. II. 48. Ebenso schon in dem Erk. vom 16. März 72. M. V. 64; St. VI. 29.

## Art. 232.

### Eidesleistung Namens der Aktiengesellschaft.

**99.** Art. 232 will nur festsetzen, daß Eide Namens der Gesellschaft nicht von den Aktionairen, sondern vom Vorstande zu leisten sind. Er bestimmt aber nicht darüber, ob und in wie fern im einzelnen Falle der Eid von allen Mitgliedern des Vorstandes oder nur von einzelnen zu leisten sei. Diese Frage ist als dem Prozeßrechte angehörend, offen geblieben und nach dem maßgebenden Landesprozeßrecht zu entscheiden. — Ausführlich deduzirt aus der Entstehungsgeschichte. Erk. vom 11. Febr. 73. M. IX. 17; C. III. S. 147.

## Art. 250.

### Stille Gesellschaft. Gewinnantheil.

**100.** Die Fixirung des Gewinnantheiles des Stillen auf eine feste Rente widerspricht nicht den gesetzlichen Erfordernissen der stillen Gesellschaft. 5. Febr. 73. M. IX. 12.

## Art. 266, 94, 102.

### Offene Gesellschaft. Gelegenheitsgesellschaft.

**101.** Die Art. 94 und 102 finden auf die in den Art. 266 fgg. behandelte Gelegenheitsgesellschaft keine Anwendung. Vielmehr sind in dieser Hinsicht die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes in Verbindung mit Art. 282 H.-G.-B. maßgebend. 13. Dezbr. 72. C. III. 18.

## Art. 266.

### Ankauf für gemeinschaftliche Rechnung.

**102.** Klg. behauptet, ein Abkommen mit Bekl. getroffen zu haben, kraft dessen, wenn einer von ihnen eine gewisse Waare kaufen würde, dies für gemeinschaftliche Rechnung geschehen sollte. Bekl. hat demnächst für 800 Thlr. von dieser Waare gekauft und der Klg. nimmt ihn nunmehr auf Rechnungslegung über den An- und Verkauf der Waare in Anspruch. Der Appellationsrichter hat die Verurtheilung des Bekl. von einem dem Klg. referirten Eid über das behauptete Abkommen abhängig gemacht. Die Nicht-Beschw. des Bekl. sucht hingegen auszuführen, daß der Appellationsrichter mit Unrecht die durch den Eid zu erweisende Verabredung der Parteien als einen perfekten Vertrag über ein gemeinschaftlich zu unternehmendes Handelsgeschäft ansehe, während doch nur ein pactum de contrahenda societate vorliege, es könne also nicht Rechnungslegung sondern höchstens das Interesse gefordert werden, denn der Bekl. habe nicht für gemeinschaftliche Rechnung gekauft; auch begründe die Abrede keinenfalls eine Verpflichtung zu gemeinsamem Verkauf. Das Ob.-H.-Ger. hat die Beschwerde zurückgewiesen. Wird das behauptete Abkommen festgestellt, so liegt eine Vereinigung vor, wie sie Art. 266 voraussetzt. Zwar war deren Realisirung suspensiv bedingt, nämlich davon abhängig, daß einer der Kontrahenten wirklich kaufen werde. Allein diese Voraussetzung ist eingetreten und Bekl. könne die verabredete rechtliche Wirkung nicht dadurch beseitigen, daß er allein und nicht gemeinsam kaufte. Der Einwand des Bekl., die Vereinigung habe sich jedenfalls nicht auf ein gemeinsamen Verkauf erstreckt, ist grundlos. „Denn hat Implorant die für gemeinsame Rechnung angeschaffte Waare einseitig verkauft, so kann er selbstredend dadurch seine nach Art. 270 ihm obliegende Verpflichtung zur Rechnungslegung nicht von sich abwenden, auch liegt auf der Hand, daß beide Parteien bei dem verabredeten Ankaufe den künftigen Verkauf im Auge hatten.“ 30. Jan. 72. M. V. 17; St. V. 61.

### Unanwendbarkeit des Art. 247 auf Gelegenheits-Gesellschaften.

**103.** Unter den Parteien hat eine Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (Art. 266) bestanden. Die Farbewaaren, deren Aussendung nach Y. zum Zwecke des Verkaufes für gemeinschaftliche Rechnung geschah, wurden von den Widerbekl. für die Gemeinschaft geliefert. Der Widerkläger hatte die Hälfte des Anschaffungspreises sofort zu vergüten, demnächst die Versendung der Waare und nach deren Ankunft in Y. den Verkauf derselben durch sein dortiges Haus als Kommissionair der Gemeinschaft zu bewirken. Dies Rechtsverhältniß ist nicht etwa, wie Widerbekl. meint, in zwei separate Unternehmungen zu zerlegen, so daß Widerklg. in Betreff der einen Hälfte der Waare Verkaufskommissionair der Widerbekl. gewesen, in Betreff der anderen Hälfte dagegen als Käufer der Waare zu betrachten wäre. „Diese Auffassung ist grundlos, das Gemeinschaftsverhältniß allein ist unter den Parteien maßgebend gewesen und auch geblieben, wie denn die betr. Waaren zu allen Zeiten im Miteigenthum beider Parteien sich befunden haben. — Den Widerbekl. lag die

Pflicht ob, tadellose, bez. den eingegangenen Bestellungen entsprechende Waare zu liefern, dem Widerkläger, als sorgfältiger Verkaufskommissionair zu verfahren. Nicht aber findet auf das Rechtsverhältniß der Parteien Art. 347 Anwendung (vgl. Bd. VI. S. 498 Nr. 124 dieser Zeitschrift). Dieser setzt einen Fall voraus, in welchem eine Waare aus dem Eigenthume und der Verfügung des Absenders in dasjenige des Destinatars übergeht, während im vorl. Falle nach Vollendung des Transportes keine Veränderung des rechtlichen Verhältnisses der Parteien zur Waare eintreten sollte. Auch paßt das Präjudiz des Art. 347 nicht auf den „fast brüderlichen" Charakter der Societät. L. 63 dig. 17. 2. Die Socii sind einander zur Treue verbunden und es ist in Folge dessen für sie unpräjudizirlich, wenn sie einander Vertrauen schenken. Demgemäß ist es bei einem Gemeinschaftsunternehmen der vorl. Art. unzulässig, wenn der die Lieferung von Waaren beschaffende Theilnehmer sich darüber beschwert, daß sein Genosse die gehörige Beschaffenheit der gelieferten Waare nicht in Zweifel gezogen habe. — Die Vorinstanz hat angenommen, daß in der Unterlassung der Untersuchung eine Versäumniß der dem Bekl. obliegenden diligentia quam in suis enthalten sei. „Diese Argumentation würde zutreffend sein, wenn überhaupt in der bezüglichen Richtung eine Diligenzpflicht des betreffenden Socius im Verhältniß zum anderen Theile anzunehmen wäre, welche Pflicht aber zufolge des oben Bemerkten sich nicht konstruiren läßt." 22. Dezbr. 71. M. IV. 68.

## Art. 269.

### Berechtigung der Socien bei der Gelegenheits-Gesellschaft.

**104.** „Durch Schreiben vom 3. Febr. 1870 haben Klg. und Karl L. gemeinschaftlich der Bekl. unter Uebersendung von 1957 Thlr. den Auftrag ertheilt, für diese Summe Lombardische Eisenbahnaktien zu kaufen und dieselben zu der Auftraggeber Verfügung zu halten. Bekl. hat das Geld angenommen, davon auf den Ankauf der Aktien 1943 Thlr. verrechnet und letztere an sich behalten." — Aus hier nicht interessirenden Gründen deduzirt das Ob.-H.-Ger., daß zwischen dem Klg. und Karl L. betreffs der fr. Eisenbahnaktien eine Gelegenheitsgesellschaft geschlossen worden sei, auf welche die Art. 266 fgg. Anwendung finden. Nach Art. 269 [2] ist mithin Klg. und L. der Bekl. gegenüber solidarisch berechtigt worden. Die Entstehung der solidarischen Berechtigung und Verpflichtung hat nicht zur Voraussetzung, daß ein Geschäft zu Stande gekommen, sondern nur, daß zwischen den Gesellschaftern und den Gegenkontrahenten aus einer Vertragsofferte ein Rechtsverhältniß zur Existenz gelangt ist." Hieraus folgt, daß die Bekl. aus dem zwischen ihr einerseits und dem Klg. und L. andererseits entstandenen Rechtsverhältniß beiden Auftraggebern solidarisch verhaftet ist. Sie war verpflichtet, den Auftrag auszuführen oder das Geld zurückzusenden, kann aber nicht etwa wegen einer Forderung, die ihr an L. zusteht, das Geld oder die ihm substituirten Aktien retiniren. Dazu würde mindestens eine Bewilligung beider Berechtigten gehören Art. 313. „L. konnte vermöge der auch ihm gebührenden solidarischen Berechtigung den Klg. doch nur durch solche Abreden mit der Beklagten obligiren, welche er in seiner Eigenschaft als Gesellschafter des Klg's. ge-

troffen hat; nicht aber, wenn er, wie im vorl. Falle faktisch anzunehmen ist, den Gelegenheitsgesellschaftsvertrag mit Willen der Bekl. geradezu verletzt hat." 16. Novbr. 72. M. VIII. 11; C. III. 7.

Gelegenheitsgesellschaft. Anspruch gegen einen einzelnen Gesellschafter auf Feststellung eines Rechnungspostens.

**105.** Die Parteien gehörten zu einer Gesellschaft, die sich behufs des An- und Verkaufes von Pferden in Folge der Mobilmachung von 1870 gebildet hatte. Bekl., als Kassen- und Buchführer derselben, hatte dem Klg. aus der Gesellschaftskasse ein Darlehn von 1000 Thlrn. zum Ankaufe von Pferden gegeben. Klg. will dieses Darlehn in der Weise getilgt haben, daß er in Folge einer Verabredung mit dem Bekl. seine Rechnung über eine Forderung von 1073 Thlrn., die ihm an die Gesellschaft für angekaufte Pferde zustand, nach Empfang von nur 73 Thlrn. quittirt habe. Da dieser Vorgang in der Schlußrechnung unberücksichtigt geblieben, so beantragt er: den Bekl. zur Anerkennung zu verurtheilen, daß er auf jene Forderung nur 73 Thlr. bezahlt habe und daß der Rest durch Kompensation in der eben angedeuteten Weise getilgt worden sei. Bekl. hat hiergegen den Einwand mangelnder Passivlegitimation erhoben, weil die Klage gegen sämmtliche Gesellschafter hätte gerichtet werden müssen. — Der Einwand ist nicht begründet; er rechtfertigt sich namentlich nicht dadurch, daß die Buchführung des Bekl. präjudiziell ist für die Auseinandersetzung unter den Socien. Würde Klg. die Zahlung von 1000 Thlrn. fordern, so würde sich sein Anspruch allerdings gegen alle Gesellschafter richten müssen. Darum aber handelt es sich hier nicht, sondern um die Anerkennung eines rechtlichen Vorganges. Diese Klage kann nur gegen den jetzigen Bekl. angestellt werden. Daß ihr letzter praktischer Zweck die Verwirklichung eines Anspruches gegen sämmtliche Gesellschafter ist, macht sie nicht unstatthaft; es giebt Klagen, welche einen gegen eine andere Person zu erhebenden Anspruch vorbereiten sollen und es ist nicht behauptet, daß solche vorbereitende Klagen nur gegen denjenigen angestellt werden dürfen, gegen welchen der letztere Anspruch zu erheben ist. Ueberdies giebt es eine Reihe von Ansprüchen, welche gerade nur gegen einen von mehreren Gesellschaftern geltend gemacht werden können, obgleich sie aus dem Gesellschaftsvermögen herrühren, wie der Anspruch auf das, was Ein Gesellschafter für die Gesellschaft oder aus Mitteln der Gesellschaft geleistet hat, der Anspruch auf Ersatz des Schadens, den ein Gesellschafter schuldhafter Weise der Gesellschaft zugefügt hat, und insbesondere der Anspruch auf Rechnungslegung. Gerade dieser letztere Fall liegt hier vor. Es handelt sich hier um den Antrag eines Gesellschafters gegen einen andern, der Kasse und Rechnung geführt hat, auf bessere Auskunft über einen den Ersteren betreffenden Posten der Gesellschaftsrechnung, also auf Rechnungsablegung dem Klg. gegenüber. — Uebrigens ist im vorliegenden Falle die Klage auch deswegen begründet, weil die Gewährung von Darlehen nicht zum Bereiche der gemeinschaftlichen Geschäfte gehört. Der Klg. erscheint mithin in dieser Hinsicht der Gesellschaft gegenüber als Dritter, so daß Art. 269 H.-G.-B's. Anwendung findet, wonach in solchem Falle der handelnde Gesellschafter allein, d. h. hier der Bekl. dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird. — 10. Febr. 72. M. V. 45; St. V. 72.

Ansprüche Dritter aus Geschäften, die ein Mitglied einer Gelegenheitsgesellschaft geschlossen hat.

**106.** Der Appellationsrichter hat nicht festgestellt, daß Br. und St. eine offene Handelsgesellschaft gebildet, sondern nur, daß sie für gemeinschaftliche Rechnung mit Gänsen gehandelt haben. Er stellt ferner fest, daß Klg. mit Br. allein ein Kaufgeschäft über Gänse abgeschlossen hat, nachdem dasselbe von St. abgelehnt worden, daß allerdings auch bei diesem Geschäfte St. Gesellschafter des Br. gewesen sei. Klg. kann hier nach dem Prinzip des Art. 269 nur seinen Kontrahenten, den Br., nicht aber den St. in Anspruch nehmen. Darin ändert sich nichts, auch wenn St. den Ankauf hinterher genehmigt haben sollte. Die Genehmigung ersetzt zwar in dem inneren Verhältnisse zwischen St. und Br. den Mangel des Auftrages, gewährt aber dem Dritten kein Recht. 26. April 73. M. IX. 85; C. III. 53.

## Art. 269, 250.

Gelegenheitsgesellschaft oder stille Gesellschaft.

**107.** Nach der thatsächlichen Feststellung des Appellationsrichters hat der Implorant stets das Geld zum Ankaufe des Mehles hergegeben, der Mühlenbesitzer D. dagegen die Vermahlung sowie den Verkauf des Mehles nach seinem Gutdünken zu besorgen gehabt; D. habe bei diesem Geschäfte, von jeder Last gemahlenen Getreides 3 Thlr. vorweg und sodann von dem reinen Gewinn der einzelnen Geschäfte die Hälfte erstatten sollen. Auf Grund dieses Sachverhaltes nimmt der App.-Richter an, es liege keine sog. Gelegenheitsgesellschaft nach Art. 266 H.-G.-B's sondern eine stille Gesellschaft vor, denn die erstere setze eine Vereinigung zu einzelnen, nach vorher bestimmten Grundlagen und Ausgangspunkten verabredeten Unternehmungen voraus. Hier aber sei Implorant nur mit einer Vermögenseinlage betheiligt gewesen, während D. als Inhaber des Handelsgewerbes die Geschäfte betrieben habe. — Das Ob.-H.-Ger. hat vernichtet. — Art. 266 fordert nicht, daß die einzelnen Geschäfte, Behufs deren die Vereinigung erfolgt, selbst im Voraus festgesetzt und vereinbart seien. Es genügt, wenn die Rechtsnatur der Geschäfte und die Ausführungsart im Allgemeinen vereinbart sind, was im vorliegenden Falle zutrifft. Ferner: die Gelegenheitsgesellschaft wird begreiflich dadurch nicht ausgeschlossen, daß der mit Ausführung der einzelnen Geschäfte betraute Kontrahent zugleich ein gleichartiges Handelsgewerbe für eigene alleinige Rechnung betreibt und ihm mit Rücksicht darauf diese Geschäftsausführung übertragen ist. Nur wenn die betr. Geschäfte in dem Betriebe dieses Handelsgewerbes dergestalt aufgehen, daß sie dem andern Kontrahenten gegenüber nicht als einzelne auf besonderer Vereinbarung mit demselben beruhende Geschäfte sich darstellen und daß demgemäß die Gegenleistungen des andern Kontrahenten nicht als Beiträge zu diesen Geschäften zu betrachten, sondern auf den ganzen Handelsgewerbebetrieb des Empfängers zu beziehen sind, ist der Begriff der Gelegenheitsgesellschaft unanwendbar und das Rechtsverhältniß nach den Vorschriften über die stille Gesellschaft zu behandeln. — Die Leistung des stillen Gesellschafters muß sich also als eine Betheiligung bei dem Gewerbebetriebe als solchem

ausweisen, darf nicht in bloßen Beiträgen bestehen, welche die Ausführung einzelner Geschäfte des Handelsgewerbebetriebes zum Zwecke und Gegenstand haben. — Die Gewährungen des Imploranten hatten aber, nach seiner eigenen Darstellung nur den Charakter einzelner Leistungen nicht den einer Vermögenseinlage im Sinne des Art. 250. — 15. Febr. 73. M. IX. 48; C. III. 31.

---

# Literatur.

---

Bayerisches Civilrecht von Paul v. Roth, Professor in München. Thl. I Tübingen 1871 (Vorrede, Inhalts- und Abbreviat.-Verz. XVI Seiten, 546 Seiten Octav.) Thl. II 1872, (XVI und 603 Seiten.)

Derselbe: „Unifikation und Codifikation“ in der „Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht“ von L. Hauser I. Heft (Nördlingen 1873) S. 1 bis 27. Auch in einem Separatabdruck erschienen.

Gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutschland von Heinrich Bocke, k. bayr. Bezirksgerichtsrath. Bd. I u. II Nördlingen 1873. (Bd. I: Vorrede, übersichtliche und genauere Inhaltsangabe, Alphabet. Register, Großoctav XXIX S., und 690 S. Bd. II; Uebersicht und Genauere Inhaltsangabe des Textes, dann Verzeichniß der Urkunden im Anhang, XII S. und. 332 S.*)

---

Es bedarf keiner weitläufigen Begründung, warum wir durch diese Anzeige es versuchen, auf die Wichtigkeit der oben aufgeführten wissenschaftlichen Erscheinungen aufmerksam zu machen. Auch der Reichsgesetzgebung muß es willkommen sein, wenn die Wissenschaft sich sowohl über die präjudizielle Kodifikationsfrage des bürgerlichen Rechtes in Deutschland äußert, als auch für die bevorstehende Kodifikation selbst den einen und andern Baustein zuträgt. Dieses Verdienst beanspruchen alle drei Publikationen. Die beiden größeren Werke fallen aber auch insofern schwer in's Gewicht als sie und zwar zunächst auf die heutige Rechtsanwendung der annoch geltenden verschiedenen Rechte in den verschiedenen deutschen Staaten gerichtet sind. Beide Werke sind übrigens trotz der vollsten Gleichheit ihres zu dem gerade allerwesentlichsten Theile (Familienrecht) sich zumeist deckenden Inhaltes durchaus verschieden angelegt und wir betonen gleich hier, daß wir in dieser Beziehung, was die formelle Behandlung betrifft, nur mit dem von Bocke beobachteten Verfahren uns einverstanden erklären, wie wir denn von Roth auch bezüglich der Kodifikationsfrage abweichen. Was diese Frage in einzelnen Richtungen betrifft, so glaube ich, um Wiederholungen zu vermeiden, mich zunächst auf meinen Aufsatz über die Gesetzgebungen und Statuten in Bayern in der 2. Auflage der Encyklopädie von Holtzendorffs**) beziehen zu sollen. Ich wiederhole auch heute noch, den schon damals im Gegensatze zu den diesbezüglichen Anschauungen Roth's in dem damals erschienenen 1. Theile des bayerischen Civilrechtes am Schlusse unserer, im Allgemeinen an die von Roth gewonnenen Ergebnisse sich durchaus anlehnenden Arbeit, ausge-

---

*) Vgl. die Redaktionsbemerkung am Schlusse dieser Besprechung.
**) Leipzig, bei Duncker u. Humblot. S. 1052 bis 1062.

sprochenen Gedanken ganz in derselben Weise, und sage heute, wie damals:

„Nach der reiflich gewonnenen Ueberzeugung sind alle unsere „bayerischen Partikularrechte im Allgemeinen weit entfernt ein „Segen oder auch nur ein Vortheil der betreffenden Lande zu sein. „Es werden durch dieselben überwiegend Nachtheile erzeugt. Wir „stehen daher keinen Augenblick an zu behaupten, daß in diesen „volksthümlichen Eigenthümlichkeiten und Besonderheiten un- „möglich ein Hinderniß der endlichen Einheit Deutsch- „lands auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes liegen „kann."*)

Roth hingegen hat von einer deutschen Kodifikation des bürgerlichen Rechtes in seinem ersten Bande des bayerischen Civilrechtes kein Wort fallen lassen, wenn er es auch wiederholt zu bedauern schien, daß die bayerische Kodifikation, welche in Bayern schon anno 1800 in's Auge gefaßt war, bis heutigen Tages nicht zu Stande gekommen ist. In einem Aufsatze von 1859 im „Archiv für prakt. Rechtswissenschaft" VIII S. 303 hatte Roth die Frage, ob eine Kodifikation des deutschen Civilrechtes überhaupt unternommen werden solle, sogar rundweg verneint und die entgegenstehenden Schwierigkeiten geradezu für unübersteiglich erklärt. Er ist von dieser Ansicht jetzt selbst zurückgekommen. Wie er selbst bemerkt, ist für die Aenderung seines Standpunktes namentlich das Verfahren der preußischen Gesetzgebung in der Provinz Westphalen (Gesetz vom 16. April 1860 die allg. Gütergemeinschaft betr. gemeint. Vgl, S. 9 mit 11.) von Einfluß gewesen, welches ihm erst jetzt bekannt geworden, er habe jetzt gefunden, daß die Hindernisse doch zu überwinden seien, ja daß dieses Verfahren sogar leicht über die Schwierigkeiten hinweghelfe. Wir haben auch die von Roth gesehenen Schwierigkeiten schon von Anfang an nicht zu sehen vermocht. Uebrigens haben wir bei Roth zunächst nur ein einziges Hinderniß spezialisirt und anschaulich angedeutet gefunden, nämlich bei dem ehelichen Güterrechte. Als ein zweites Beispiel von Schwierigkeit wäre wohl auch das bürgerliche Erbrecht zu erachten, insofern sich stellenweise noch Anklänge an die alte Untheilbarkeit des Grundvermögens erhalten haben. Wir unsererseits aber haben es von Anfang an nicht geeignet gehalten, auf solche Spezialmaterien schon im Detail einzugehen und mit ängstlicher Genauigkeit bis in's Einzelnste in's Auge zu fassen, in welcher Weise seinerzeit Fürsorge getroffen werden kann, daß etwa in dem einen und anderen Winkel von Deutschland gewisse nachweisbar noch wirklich in der Rechtsüberzeugung des Volkes lebende Rechtsgewohnheiten, insofern sie bisher günstig gewirkt haben, nach wie vor aufrecht erhalten bleiben. So schwierig ist dies nach allgemeiner legislativer Erfahrung aus neuester Zeit jedenfalls nicht und es wäre nicht Recht, wenn man deswegen die deutsche Kodifikation wieder ebenso lange oder noch länger aufschieben wollte, als Bayern die bayerische Kodifikation aufgeschoben hat! Auch glauben wir vom bayerischen Standpunkte aus daraus aufmerksam machen zu sollen, daß schon jetzt das Notariatsinstitut eine befriedigende Gestalt gewonnen hat und daß man auf dasselbe dahin vertrauen darf,

*) Vgl. meinen Aufsatz in Holtzendorff's Jahrbuch Bd. II. S. 319 ffg. und meine Erörterungen aus dem Geb. des Assecuranz-W. 1873 S. 23 ffg.

daß ihm die richtige Fixirung der Rechtsgewohnheit in den ohnehin nöthigen Ehe- und Erbverträgen auch in Zukunft ebenso gelingen werde, wie das schon in dem ersten Decennium geschehen ist. Diese unsere Auffassung wird übrigens nach dem, was ich von Praktikern auf dem Gebiete der Legislative wie der Rechtsanwendung in Erfahrung zu bringen vermochte, allgemein getheilt, wogegen der neuerlich gemachte Vorschlag Roth's welcher auf ein nun erst einzuleitendes Vorverfahren gerichtet ist, allgemein als zu weit aussehend und zu complicirt betrachtet wird. Wir beschränken uns in dieser Hinsicht auf die Konstatirung, daß Roth zunächst auf eine Enquête, dann auf eine höchst allmälige Beschneidung der Statuten und Anbahnung allgemeiner Bestimmungen zuerst für kleinere dann größere Bezirke drängte, bis man endlich an die Nivellirung soll gehen können. Nicht vergessen wollen wir hierbei auch zu konstatiren daß Roth die Preußische Landesgesetzgebung im Allgemeinen und in den verschiedensten Richtungen als Muster rühmt und daß er in dankenswerther Weise und besonders zu Nutz und Frommen der Bayern eine ganze Reihe von bayerischen Gesetzen der Neuzeit namhaft macht, wo das vorangegangene preußische Gesetz mehr oder weniger buchstäblich als ein bayerisches Gesetz neu aufgelegt worden ist. Solche Beispiele sind: das Berggesetz von 1869, die Wassergesetze von 1852, ja schon in gewissem Maße das Hypothekengesetz von 1822. Als Nachbildungen der preußischen Gesetze, zum Theil nur durch die Preußische Gesetzgebung zur Anregung gebracht, zählt Roth auf: das Gesetz von 1837 über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse, die Gesetze über die Aufhebung der Zinsbeschänkungen und der Schuldhaft, sowie die Gesetze über die privatrechtliche Stellung der Erwerbsgesellschaften. Auf diese Weise ist also schon bisher nach ausdrücklicher Anerkennung Roths auf sehr tief in den Verkehr eingreifenden und bisher zum Theil von den verschiedenen Statuten in der verschiedensten Weise normirten Gebieten via facti bereits vor Aufrichtung des Reiches eine gewisse mit Preußen und nach seinem Muster auch mit anderen deutschen Staaten hergestellte Theil-Kodifikation erreicht worden und Roth erkennt es auch in dem neuen Schriftchen ebenso wie schon in seinem ersten Theile des bayerischen Civilrechtes wiederholt als einen Fortschritt an, wenn überhaupt, wenn auch nur bayerisch kodifizirt, d. h. vollcodificirt wird, wenigstens beklagt er neuerlich noch lebhafter und präciser als er es schon vorher gethan, daß Bayern gerade in der verhängnißvollsten Zeit, d. h. in der Zeit der großen Länderwerbungen seit Beginn dieses Jahrhunderts das auch von ihm bisher beobachtete Unifikations- und Kodifikationsverfahren auf einmal zum Schaden der Sache effektiv verlassen und aufgegeben hat, wenn auch die Erwünschtheit einer Kodifikation zeitweise nicht nur im Allgemeinen anerkannt wurde, sondern sogar zur Einsetzung von bayerischen Kodifikationskommissionen führte, die freilich im Effekte auf Lieferung „schätzbaren Materials“ beschränkt blieben. Auch hat der Verfasser nur Worte der Anerkennung, daß andere in ähnlicher Lage wie Bayern gekommene Länder, z. B. Württemberg das einzig richtige entgegengesetzte Verfahren beobachtet und statt „Alles beim Alten zu lassen“ — kodifizirt, und dadurch (so fügen wir zum Schlusse bei) dem Reiche für seine Kodifikationsarbeit vorgearbeitet haben.

Indem wir uns dem Hauptwerke Roths (bayrisches Civilrecht) zuwenden, müssen wir vor Allem den Schatz von zum Theil ganz neuen

Ergebnissen auf dem Gebiete des bayerischen Statuten- und insbesondere auch des Gerichtsorganisationswesens rühmend hervorheben und es als einen willkommenen Zufall preisen, daß er durch die vorhin besprochene kleine Gelegenheitsarbeit veranlaßt war, den einen und anderen Satz seines Werkes in prä- und konziserer Form zu wiederholen. Wir verfehlen nicht, da wir im Einzelnen hier nicht darauf zurückkommen wollen, noch einmal zu betonen, daß wir selbst unsere Arbeit über die bayerischen Statuten, oder, wie sich in Bayern der technische Ausdruck gebildet hat, über die bayerische „Gesetzes- (und Statuten-) Statistik", in der Holtzendorff'schen Encyklopädie zunächst lediglich auf den diesbezüglichen Abschnitt des I. Bandes des Roth'schen „bayerischen Civilrechtes" gegründet haben.

Es handelt nämlich Roth, nachdem er in einer Einleitung eine „Uebersicht des geltenden Rechtes" vorausgeschickt hat*), im I. Kapitel von den Rechtsquellen und zwar im Titel 1. von den älteren bis 1806**) in Titel 2 von den Rechtsquellen aus der Periode von 1805 bis 1818, d. h. bis zur Einführung einer repräsentativen Landesverfassung***) im Titel 3 von denen seit 1818†), endlich im Titel 4 vom subsidiären-Recht.††). — In einem fünften Titel behandelt er „Nachweis und Auslegung des Rechtes"†††). Das II. Kapitel handelt sodann „von der Anwendung des Rechtes" und zwar in Abschnitt I. von den „zeitlichen Grenzen" *†), in Abschn. II. von den „örtlichen Grenzen" *††), das III. Kapitel endlich stellt die Literatur des bayerischen Civilrechtes zusammen*†††). Wir wenden uns hier sofort dem materiellen Theile des „bayerischen Civilrechtes" selbst zu. Die beiden bisher erschienenen Bände enthalten das Personen-Recht (I. Buch in der 2. Hälfte des I. Bandes) und das Sachenrecht (II. Buch im II. Bande). Der III. Band steht noch aus. Was den hier zu erwartenden Inhalt betrifft, so sagt Roth diesbezüglich in seiner Vorrede zum II. Bande wörtlich:

> „Dem Sachenrechte wollte ich ursprünglich (als siebentes Kapitel) „das Bergrecht, Jagdrecht und Wasserrecht einverleiben". Es schien mir passend diese Institute nunmehr in dem III. Bande zu behandeln. Allein ich habe sie nun von dem Sachenrechte überhaupt ausgeschieden und als „Regalien" in einem eigenen, dem dritten Buche zusammengefaßt. Genau genommen sollte die Rubrik heißen: „Rechtsverhältnisse aus ehemaligen Regalien". Es sei gestattet, diese schwerfällige Bezeichnung durch die handlichere, wenn auch den jetzigen Verhältnissen nicht mehr ganz entsprechende zu ersetzen, die, wie ich hier ausdrücklich hervorhebe, nur in dem oben erwähnten Sinne gemeint ist. Eine Zusammenfassung dieser

---

*) §. 1 S. 1 bis 19.
**) §. 2 bis 5 S. 19 bis 93.
***) §. 6 S. 93.
†) §. 7 bis 10 S. 94 bis 117.
††) §. 11 S. 117 bis 122.
†††) §. 12 bis 14 S. 122 bis 129.
*†) §. 15 S. 129 bis 133.
*††) §. 16 S. 134 bis 142.
*†††) §. 17 S. 143 bis 146.

Institute, deren Darstellung im Civilrechte gar nicht entbehrt werden kann, unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte rechtfertigt sich nicht nur aus der historischen Entwickelung, sondern entspricht auch dem praktischen Bedürfnisse. Ich verbinde damit die Darstellung der dinglichen Gewerbsrechte als „Monopolien" welche für Bayern ihre Bedeutung noch nicht ganz verloren haben. Dem III. Buche (Regalien und Monopolien") wird als viertes Buch das Erbrecht*) folgen und damit die Darstellung -- geschlossen werden".

Soweit Roth über den zu erwartenden ausstehenden dritten und „vorläufig" letzten Band des Werkes.

Was versteht nun zunächst Roth unter seinem: „Bayerischen Civilrechte?" Eine direkte Antwort auf diese Frage, eine Definition oder auch nur Charakterisirung haben wir im bisherigen Werke nicht gefunden, und wie können nicht umhin zu glauben, es habe hierüber bei dem Herrn Verfasser selbst nicht volle Klarheit obgewaltet. Man könnte nämlich darunter ein gewisses ideales oder (wenn man einen bisher ge- und mißbrauchten Begriff anwenden will) wissenschaftliches Recht, ähnlich dem „deutschen gemeinen Rechte" darunter verstehen, d. h. eine Zusammenstellung der in Bayern geltenden Hauptgrundsätze und Bestimmungen über die einzelnen Rechtsmaterien, gleichviel ob sie aus dem fremden Hauptbestandtheile, dem römischen Rechte stammen, oder ob sie ihre Keime in dem einheimischen Rechte, dem germanisch-deutschen gefunden und sich in irgend welcher Gestalt in die bayerische Gegenwart herübergerettet haben. Hiermit wäre unseres Erachtens von vornherein ein „Recht" geschaffen, dessen praktische Anwendung in den einzelnen den heutigen bayrischen Gerichten vorliegenden Rechtsfällen den erheblichsten Bedenken unterliegen müßte. Es schiene sich nämlich auch im einzelnen Falle dann immer noch um die Vorfrage zu handeln, ob dieses — allgemeine bayerische Civilrecht denn wirklich zur Anwendung gebracht werden kann, d h. ob nicht vermöge der so höchst zersplitterten bayerischen Gesetzes-„Statistik" (s. oben) hier ein Ausnahmsfall vorliege und eine spezielle dem „allgemeinen bayerischen Civilrechte" derogirende gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Bestimmung zur Anwendung zu bringen sei.

Oder man könnte das „bayerische Civilrecht" als eine Zusammenstellung und Nebeneinanderreihung aller solchen in Bayern noch heut zu Tage geltenden Bestimmungen, geordnet nach den verschiedenen Hauptmaterien, auffassen, so daß man in jedem einzelnen Falle in dem „bayerischen Civilrechte" unschwer zu finden vermöchte, ob in einem betreffenden Bezirke diesbezüglich ein Spezial-Recht bestünde, und daß man bei Bejahung dieser Frage das betreffende Gesetz, Statut oder Gewohnheits-Recht diplomatisch genau abgedruckt oder möglichst authentisch konstatirt fände. Wir bemerken hierzu, daß das einzige wahrhaft verdienstliche Unternehmen solcher Art leider aber nur für die rechtsrheinisch-fränkischen und zwar nur mittelfränkischen Theile des Königreiches Bayern, in den Jahren 1840 bis 1842 von dem weitbekannten bayerischen Juristen Arnold, früheren Appellpräsidenten von Mittelfranken (in Eichstädt), verfaßt worden ist. Wir meinen seine in jeder

*) Und das Obligationenrecht? Vgl. Vorrede zu Band I. S. VII. unten.

Beziehung mustergültigen „Beiträge zum deutschen Privatrechte", Band I (1840) das Familien- und Erbrecht, Band II (1842) das dingliche und persönliche Recht enthaltend. Gerade durch die Trefflichkeit dieses Unternehmens ist es für die bayerischen Gerichte doppelt fühlbar geworden, daß für alle übrigen, selbst die ober- und unterfränkischen rechtsrheinischen Gebietstheile des Königreiches eine solche Arbeit durchaus fehlt. Appellpräsident Weber in Neuburg hat zwar in den Jahren 1838 bis 1844 eine das ganze Königreich umfassende Zusammenstellung herausgegeben, allein dieses Werk ist nach dem einstimmigen Urtheile der Praxis mehr oder weniger — unbrauchbar.*)

Wir wollen, um kurz zu sein, sogleich unsere Ansicht dahin präzisiren, daß wir nur von einem solchen, im Arnold'schen Geiste geleiteten und durchgeführten Unternehmen irgend welches Heil für die Wissenschaft, besonders aber für die praktische Rechtsanwendung erwarten, und daß wir solches auch heutzutage noch durchaus für ein Bedürfniß erklären. Mag auch die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes im deutschen Reiche noch so bald gelingen, eine, und zwar eine nicht gar kurze Zwischenzeit wird immerhin bleiben, in welcher die bayerischen Gerichte noch nach den alten Gesetzen und Statuten der „Statistik" werden zu sprechen haben. Für die Kodifikation selbst aber wäre unseres Erachtens eine solch'e Vorarbeit die denkbar erwünschteste. Endlich selbst nach der Kodifikation würde dem großen Werke seine Bedeutung als Interpretationsbehelf nicht entgehen und untre allen Umständen würde es für die Wissenschaft hohen Werth behalten.

Leider ist nun seitens der bayerischen Rechtswissenschaft neuerlich dieses Verfahren wieder verschmäht worden. Wir selbst haben bei einem der geistreichsten bayerischen Rechtslehrer, bei dem leider für die Wissenschaft viel zu früh verstorbenen Prof. Dollmann an der Universität München ein Kolleg über „bairisches Civilrecht" gehört, in welchem der umgekehrte Weg eingeschlagen und eine Art systematischer, oft freilich, besonders wo er das Familienrecht behandelte, höchst mosaikartiger Darstellung der allgemeinen Grundsätze und Bestimmungen, wie sie in Bayern gelten, gleichsam der Quintessenz des gesammten Gesetz- und Statutenstoffes versucht worden ist. Wir halten diese Reliquie, welche wir uns sorgsam wie Alles, was von Dollmann kam, aufbewahrt haben, nicht nur für eine verfehlte, sondern auch für die Rechtsanwendung selbst werthlose Arbeit.

Ist nun Roth nicht genau in den gleichen Fehler, welchen wir in Obigem wenigstens hinlänglich angedeutet zu haben glauben, verfallen? Wir müssen nach unserer Anschauung diese Frage leider einfach und rundweg bejahen.

Unsere Ausstellung trifft selbstverständlich nur den dogmatischen Theil der Arbeit und nicht entfernt die ganz ausgezeichneten historischen Einleitungen, welche zeitweise vorausgeschickt worden sind, und von welchen wir beispielsweise die historische Entwickelung des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes*) oder manche Partien aus dem Kapitel über Eltern- und Kinderrecht, oder aus dem über Vormundschaft besonders hervorheben.**)

---

*) Vgl. Encyklopädie von Holtzendorff S. 1053.

Was die gewählte dogmatische Behandlungsart betrifft, so sagt Roth diesbezüglich selbst lediglich Folgendes***)

„Ich habe die sämmtlichen Statuten die ich aufgenommen habe, mit „dem subsidiären Rechte und der neuen Gesetzgebung „„verarbeitet““ „und die Praxis soweit sie aus gedruckter Mittheilung ersichtlich ist, „berücksichtigt“. Als das schlagendste Beispiel aber heben wir den Abschnitt 2 des Kaput 2 (Eherecht) Titel 2 (das eheliche Güterrecht) aus. Derselbe lautet: „Gesetzliches Güterrecht“ und es werden sodann in der zweiten Unterabtheilung****) „die einzelnen Rechtsinstitute“ einzeln neben einander und unvermittelt (unvermittelbar!) vorgeführt. Unter Ziffer I wird abgehandelt: Dotalrecht*****), unter II die partikuläre Gütergemeinschaft, unter III die allgemeine Gütergemeinschaft, endlich unter IV. die Gütereinheit†). Die partikuläre Gütergemeinschaft wird sodann wieder im Einzelnen erledigt durch je einen Paragraph über 1. Begründung,††) 2. Rechtsverhältnisse während der Ehe†††), 3. Auflösung*†). Ebenso wird hier wiederum die Allgemeine Gütergemeinschaft abgehandelt in je einem Paragraphen über 1. Begründung*††) 2. Rechtsverhältniß während der Dauer der Gemeinschaft*†††) 3. Auflösung und zwar a. Fälle der Auflösung†*) b. Abtheilung mit Beisitz†**) c. Fortgesetzte G.=G.†***) d. Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten.**†).

Erklären wir uns hiernach mit der ganzen formellen Anlage für das Unternehmen nicht einverstanden, so fällt es uns dennoch nicht ein, irgend wie in Abrede zu stellen, als ob nicht auch so das Roth'sche Werk eine in ihrem materiellen Werthe nicht zu unterschätzende Fundgrube sei. Auch verkennen wir nicht, daß nicht nur dem einen oder andern Richter sondern auch den bei der künftigen Kodifikation Betheiligten gerade die wissenschaftliche „Vorarbeitung“ willkommen sein kann. Wir unsererseits nehmen aber keinen Anstand es nochmals zu beklagen, daß nicht trotz alledem der Herr Verf. den anderen Weg — mit uns — vorgezogen hat. Im Einzelnen konnten wir unter allen Umständen nicht weiter auf die angedeuteten materiellen Vorzüge des Buches eingehen und begnügen uns diesbezüglich die Leser auf das Buch des ohnehin bereits in den weitesten Kreisen bekannten Autors selbst zu verweisen.

---

*) §. 55 S. 317—320.

**) Vgl. auch die Einleitungen zum Pfandrechte, Lehenrechte, Rechte der Familienfideikommisse.

***) Vorrede zu Band I. S. VII. gegen unten.

****) Die erste enthält jene „historische Entwickelung.

*****) §. 56 S. 329 - 340 im I. Band.

†) §. 66, S. 400—403 eod.

††) §. 57, S. 341—344 ibid.

†††) §. 58, S. 344—364.

*†) §. 59, S. 364—369.

*††) §. 60, S. 369—375.

*†††) §. 61, S. 375—385.

†*) §. 62, S. 385—387.

†**) §. 63, S. 387—393

†***) §. 64, S. 393.

**†) §. 65, S. 383—400.

Als ein günstiges Zusammentreffen betrachten wir es, daß beinahe gleichzeitig mit dem Roth'schen Werke das andere in der Ueberschrift genannte von einem praktischen Juristen, dem bayerischen Bezirksgerichtsrath Bocke herrührende Werk: „Gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutschland" erschienen ist, da in der Behandlungsart, welche dieser Verfasser eingeschlagen hat, die von uns vorstehend für die Bearbeitung der deutschen und speziell bayerischen Partikularrechte gestellte Aufgabe, mindestens zu einem guten Theil, durchgeführt ist.

Der Verf. sagt in seiner Vorrede:
„Als ich vor längeren Jahren Richter im bayerischen Franken war, stand „mir zur Anwendung der zahlreichen Partikularrechte fast gar kein rechts„geschichtliches Material zu Gebote. Ich sah mich genöthigt, dasselbe erst „zu sammeln. Die sehr umfangreiche Ausbeute an ungedruckten „fränkischen Rechtsquellen zeigte trotz der territorialen Zerrissenheit „Frankens ein kompaktes Gefüge. Namentlich war nicht zu verkennen, „daß das Gerichtswesen und der Prozeß auf Flandern, auf die Lex Salica „und Ripuaria als Ausgangspunkte hinwies und daß das sog. franzö„sische Verfahren, welches man eben zu entlehnen im Begriffe stand, „nicht blos in seinen Grundzügen, sondern vielfach im Detail schon im „Mittelalter bei uns gegolten hat. Es lag nahe, einen kleinen Theil „des gewonnenen Materials zu einer rechtsgeschichtlichen Untersuchung „über das eheliche Güter- und Erbrecht Bayerns zu benutzen. — Da „aber die nämliche Entwickelung des Ehegesetzes sich gleichzeitig in allen „deutschen Gauen vollzog, so trat die Studie darüber bald aus ihrem „ursprünglichen Rahmen. — Ueberall verlangte die Volkswirthschaft als „Rechtssatz, was früher nur ein sittliches Gebot war: die Erbver„sorgung des Ehegatten. Dieses ist die nationale Strömung im „ehelichen Güter- und Erbrecht; vielleicht läßt sich von hier aus das „Haupthinderniß eines einheitlichen Gesetzbuches und — all„gemeinen Deutschen Gerichtshofes beseitigen. — Die mehre„ren Tausend Quellen, welche deutsche eherechtliche Bestimmungen ent„halten, stehen Niemand in vollständigen Abschriften oder Abdrücken „zu Gebote".*)

Diese Lücke zu ergänzen war nun der Zweck des ebenso verdienstlichen als mühsamen Unternehmens des Verfassers. Was die Einrichtung des Buches im Einzelnen betrifft, so führen wir auch hier die Worte des Verfassers an: „Da die Arbeit aus einem praktischen Bedürfnisse entstanden und — für die Praktiker bestimmt ist, so legte ich viel Werth auf die Uebersichtlichkeit und auf Erleichterung des Nachschlagens".

Endlich den Umfang des beigeschafften Materiales betreffend, sagt Bocke: „Der Wiederabdruck aller Urkunden hätte das Werk über viele Bände ausgedehnt". Es wurden daher nur jene Quellen aufgenommen, welche dem Praktiker sonst nicht zugänglich wären. Leider ging hierbei der Verfasser unseres Erachtens, wohl aus äußeren Rücksichten nicht weit genug, indem er sich zum großen Theile lediglich auf ein wenn auch noch so gewissenhaft und ins Einzelne gehende Re-

*) Vorrede S. VI. u. VII.

ferat oder Exzerpt aus den Rechtsquellen beschränken zu müssen glaubte. Nicht umhin können wir zur Charakterisirung des Standpunktes, den der Verf. einnimmt, auch noch seine (kurze) allgemeine Einleitung zu dem I. (Haupt-) Bande wörtlich beizufügen. Derselbe sagt:

Die eheliche Gütergemeinschaft ist die bestrittenste Materie in unseren Rechtseinrichtungen. Darüber sind Alle einig, daß sie aus nationalen Grundlagen hervorgegangen ist. Ueber ihr Wesen gehen die Meinungen schroff auseinander.

Bis zum Bauernkriege (1525) etwa läßt sich eine Verschiedenheit des deutschen Eherechtes nach wenigen großen Gruppen wahrnehmen. Nach der Niederwerfung dieser großen politischen Bewegung wurden die Schöffengerichte beseitigt oder in ihren Befugnissen beschränkt. Während bis dahin die Schöffen das Ueberlieferte, das Nationale zähe festgehalten hatten, ohne viel davon aufzuschreiben, war jetzt einer undeutschen, partikularistischen, willkürlichen Gesetzgebung die Bahn frei gemacht. Die Beamten, denen man nunmehr die Rechtsprechung übertrug, bedurften eines Gesetzbuches. Die vorhandenen Rechtsbücher genossen bezüglich des ehelichen Güterrechtes wenig Ansehen; die territoriale Zersplitterung verhinderte, daß sich ein vorhandenes Partikularrecht mit nationalem Charakter allgemeine Geltung verschafft hätte. So war man auf das römische Recht als die einzige umfassende Gesetzgebung hingewiesen. Schon die Bequemlichkeit sprach für seine Einführung. Wo man nicht so gewaltthätig war, das deutsche Eherecht ganz abzuschaffen, künstelte man mit römischer Anschauung nach Wohlgefallen daran. Fast jedes noch so kleinen Herren Ländchen, jedes unabhängige Gemeinwesen erhielt auf diese Weise ein besonderes Eherecht. So lange von den Quellen des deutschen Eherechtes nur wenig veröffentlicht war, mußte die Auffassung derselben, welche dann vielfach in die Gesetzgebung überging, sehr verschiedenartig werden. Die Uneinigkeit über das Wesen des ehelichen Güterrechtes dauert auch heutzutage fort, wo alljährlich die werthvollsten Rechtsquellen aus allen deutschen Gegenden zu Tage gefördert werden. Man hascht vergeblich nach einer Zauberformel, mit welcher man den Hauptgrundsatz jedes Systemes über das eheliche Güterrecht oder der meisten Systeme kurz und klar bezeichnen könnte. Bei einem solchen Versuche etwa ein Eherecht herauszulesen, nach welchem die Mehrzahl der Bewohner Deutschlands oder eines Landstriches lebt, wäre willkürlich und gewagt! Denn gerade die Minderzahl kann an dem nationalen und praktischen Rechte festgehalten haben. Wir müssen daher einen von dem bisherigen Verfahren ganz verschiedenen Weg einschlagen, um an das richtige Ziel zu gelangen. Das Recht wächst aus der Sitte heraus; es muß sich daher der sittliche Grundgedanken finden lassen, auf dem eine Einrichtung des Rechtes beruht. Je nachdem sie dem Bedürfnisse entspricht, wird sie Bestand haben oder nicht. Die Bestimmungen über die Güter der Ehegattin haben vorzugsweise eine wirthschaftliche Seite. Es müssen also im Eherechte volkswirthschaftliche Grundsätze zu Tage treten Man muß daher nach dem sittlichen und volkswirthschaftlichen Grundgedanken im deutschen Eherechte ausgehen und seine juristische Erklärung und seine praktische Bedeutung für die Gegenwart suchen.

Indem wir hiermit auf den Inhalt des Werkes selbst übergehen,

müssen wir auch hier darauf verzichten, die Ergebnisse im Einzelnen zu prüfen und uns ebenfalls in der Hauptsache auf eine summarische äußerliche Inhaltsangabe beschränken.

In einer Einleitung handelt Bocke in §. 1 von den deutschen Stämmen überhaupt und zwar: 1. von Gothen und Burgunden, 2. von Niederdeutschen, 3. von Fränkischen, 4. von Hochdeutschen Stämmen,*) dann in §. 2 von Eheverträgen im Allgemeinen,**) endlich in §. 3 von der Art der Rechtsaufzeichnung und den Zuständen der Gesetzgebung.***) Besonders diese letztere große Abhandlung bietet zum Theil eine ganze Menge neuer und präciser Aufstellungen, auf welche wir aus Raumrücksichten leider nur allgemein aufmerksam machen können.

Es folgt nun der „Geschichtliche Theil" welcher in 4 Paragraphen das älteste Recht (die ältesten fränkischen, — salischen und ripuarischen — Gesetze und Formeln,†) dann das alt französische;††) ferner das Erbrecht der Wittwen in den deutschen Volksrechten,†††) die Wittwenversorgung nach römischen Mustern,*†) das Erbrecht des Ehemannes*††) und schließlich das älteste Eherecht überhaupt*†††) behandelt.

Mit §. 9†*) beginnen sodann die „Systeme des geltenden ehelichen Erbrechtes, welche nun durch 4 Perioden hindurchgeführt werden. Diese 4 Perioden werden im†**) II. Bande, welcher den „Erläuternden Theil" bildet, begrenzt wie folgt:

Die I. Periode begreift die Stammesrechte (kein Grundeigenthum!) die II. die Einführung des Grundbesitzes und die erste Zeit des Christenthums. Die III. das Ueberwiegen des neufränkischen Rechtes. Die IV. endlich die Zeit der Spiegel und des römischen Rechtes.†***)

Die I. Periode nun wird im I. Bande zunächst als Alleinerbfolge nach kinderloser Ehe im Einzelnen und durch die verschiedenen Länder und Städte in 32 Paragraphen hindurchgeführt,**†) die II. Periode sodann ebenso in 7 Paragraphen,**††) die III. Periode in 3 Paragraphen,**†††) die IV. Periode in 4 Paragraphen.††*)

Mit §. 58 faßt Bocke hierauf das Erbrecht überhaupt, und zunächst das des überlebenden Ehegatten speziell, ins Auge mit §. 74 endlich die ehelichen Güterverhältnisse während der Ehe, und führt Alles hinwiederum durch die einzelnen Güterrechtssysteme und die verschiedenen Volksstämme hindurch.*) Hiermit schließt Band I.

---

*) bis S. 5.
**) bis S. 7.
***) S. 7—15.
†) §. 4, bis S. 18.
††) S. 18 und 19.
†††) §. 5, S. 19—29.
*†) §. 6, S. 29—35.
*††) §. 7, S. 35—38.
*†††) §. 8, S. 38—40.
†*) S. 41.
†**) Band II. S. 1.
†***) Band II. S. 1—26.
**†) §. 10—42, S. 42—179.
**††) §. 43—49, S. 179—308.
**†††) §. 50—52, S. 308—330.
††*) §. 53—56, S. 330.

Der II. zunächst wie gesagt den „Erläuternden Theil" bildende Band beginnt, nachdem wie ebenfalls schon gesagt die einzelnen 4 Perioden ausgeschieden und charakterisirt worden sind,**) mit der zusammenfassenden Beleuchtung der einzelnen im I. Bande gewonnenen Resultate und führt auch diese zunächst in Betreff des ehelichen Erbrechtes in 18 Paragraphen durch die einzelnen Institute (Kindestheilsystem, Verfangenschaft, Errungenschaft, Eingebrachtes, Witthum und dgl.) unter Beachtung der Beweis-Besonderheiten hindurch,***) und verfährt dann genau ebenso in Betreff der Verhältnisse während der Ehe, welche er in 6 Paragraphen durchführt.†).

Den Schluß des erläuternden Theiles bildet eine in 7 Paragraphen niedergelegte Abhandlung über die Rechtsanwendung††). Das Willkommenste endlich ist uns der Anhang des II. Bandes. Es finden sich nämlich in demselben†††) 200 ungedruckte Quellenurkunden aus Franken, Schwaben und Bayern (d. h. aus Alt-Bayern) wörtlich und diplomatisch genau abgedruckt.

Wir schließen mit dem recht ernst gemeinten Wunsche: möge das ganze überaus mühselige und von der Buchhandlung trotz des heutzutage doppelt großen Risikos mit höchst anerkennenswerther Splendidität gedruckte Bocke'sche Werk, sich seinen Weg in der Wissenschaft nicht nur, sondern besonders auch in der Praxis, der das Recht anwendenden, wie der gesetzgebende bahnen, wie es in der That im reichsten Maße verdient.

München, im Oktober 1873.

Dr. Ernst Bezold.

## Bemerkung der Redaktion zu vorstehender Besprechung.

Die Herausgeber dieser Zeitschrift betrachten es zwar nicht als ihre Aufgabe, in sog. Redaktionsbemerkungen ihre eigene, von der der Herren Mitarbeiter abweichende Auffassung kund zu geben und haben sich deshalb bisher solcher Bemerkungen im Allgemeinen enthalten. Im vorliegenden Falle aber mag es gestattet sein, eine Ausnahme von dieser Regel zu machen. Ich kann der vorstehenden Besprechung weder in Bezug auf das Werk von Bocke noch auf das von Roth beitreten. Ersteres halte ich nach Plan und Inhalt für verfehlt. Der Verfasser hat sich auf ein seine Kräfte übersteigendes Unternehmen eingelassen und es scheint mir lebhaft zu bedauern, daß er Fleiß und Mühe nicht in fruchtbarerer Weise einem enger begrenzten Ziele zugewendet hat. Auf die hervorragende Bedeutung des bayerischen Civilrechtes von Roth ist bereits nach dem Erscheinen des ersten Bandes in dieser Zeitschrift (Bd. V. S. 114) hingewiesen worden; was dort von anderer Seite bemerkt ist, daß das Werk sich

*) Ersteres bis §. 73, S. 379—564. Letztere bis §. 84, S. 564—690.
**) §. 85, S. 1—26.
***) §. 86—103, S. 26—142.
†) §. 104—109, S. 142—184.
††) §. 110—116, S. 184—266.
†††) S. 267—332.

als eine glänzende wissenschaftliche Leistung darstellt, darf auch in Bezug auf den zweiten Band in vollem Maße wiederholt werden. Und zwar beruht der Werth desselben nicht blos oder vorwiegend wie der Herr Referent meint, in den „historischen Einleitungen", sondern gerade wesentlich in der, allerdings auf geschichtlicher Grundlage gestützten Dogmatik. Der Weg, den der Verfasser bei der Behandlung der Statutarrechte eingeschlagen hat, ist derjenige, auf welchem denselben allein wissenschaftliches Interesse abzugewinnen ist; sein großes Verdienst besteht darin, daß er die Methode, den zersplitterten Stoff unter allgemeineren Gesichtspunkten zu verarbeiten, in höchst erfolgreicher Weise durchgeführt hat. Er hat dadurch nicht blos dem bayerischen Rechte, sondern auch dem deutschen Privatrechte einen Dienst geleistet und eine wichtige Vorarbeit für die künftige deutsche Gesetzgebung geliefert. Daß eine solche Leistung für die Rechtsanwendung werthlos sein sollte, davon vermag ich mich trotz der Bemerkungen des Herrn Referenten nicht zu überzeugen, schon um deswillen nicht, weil meines Erachtens jede Förderung der Rechtswissenschaft auch einen Gewinn für die Praxis ergiebt.

Wenn ich mich in dieser Hinsicht mit dem Herrn Referenten nicht einverstanden erklären kann, so stimme ich andererseits mit ihm in Bezug auf die Beurtheilung des Planes, den Roth für die künftige deutsche Gesetzgebung vorgeschlagen hat, durchaus überein. Der Weg der stückweisen Einigung oder Unifikation ist nicht nur weit aussehend, sondern er führt überhaupt nicht zum Ziele. Will man dieses Ziel, d. h. ein deutsches Gesetzbuch erreichen, so muß man dasselbe unmittelbar und mit frischen Kräften ins Auge fassen.

---

Beseler, Georg, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3. vermehrte und verbesserte Auflage. Erste Abtheilung: Allgemeiner Theil. Das gemeine Landrecht. Zweite Abtheilung: Die Spezialrechte mit Einschluß des Ständerechts. Berlin. Weidmann'sche Buchhdl. 1873. 8. XX u. 1091 S.S.

Die neue Auflage von Beseler's Lehrbuch unterscheidet sich von ihren Vorgängern äußerlich durch die Theilung in zwei Bände. Unter di Specialrechte, die den Inhalt des zweiten Bandes bilden, ist auch das Lehnrecht aufgenommen, welches früher im „gemeinen Landrecht" Platz fand. Der Begriff des Specialrechts hat auch für das heutige Recht unzweifelhaft seine Berechtigung, die Begründung desselben liegt darin, daß gewisse Verkehrsgebiete, die wirthschaftlich besonders hervortreten, auch rechtlich eine Sonderstellung einnehmen. Dies macht sich namentlich beim Handels- und Bergrechte, aber auch in manchen andern Gebieten geltend. Es läßt sich daher Nichts dagegen sagen, daß dieser Gesichtspunkt als Eintheilungsgrund festgehalten wird; in gewissem Maße, z. B. wenn man auf das Handelsrecht in das deutsche Privatrecht mit hereinziehen will, ist er sogar nothwendig. Nur hätte Beseler sich anschließen sollen, mit dem „Ständerecht" entschiedener zu brechen, da wie ein solches, abgesehen von den wenigen, auf den hohen Adel bezüglichen Satzungen gar nicht mehr besitzen. Ein Recht des niederen Adels, des Bauern-, Gewerbe- und Handelsstandes giebt es gegenwärtig überhaupt nicht mehr. Wenn Beseler das Familienfideicommiß dem Vermögensrechte des niede-

ren Adels und die Reallasten dem Bauernrechte einreiht, so würden dadurch von vorn herein mißverständliche Auffassungen begünstigt. — Diese und andere Meinungsverschiedenheiten sollen die Bewillkommnung der neuen Auflage, die sich namentlich wegen der Durcharbeitung der Handelsrechts und der auf dasselbe bezüglichen Judicatur des Reichsoberhandelsgerichtes mit vollem Rechte eine vermehrte und verbesserte wird, nicht verhindern. Beseler's Lehrbuch hat sich langsamer Bahn gebrochen, als andere derartige Compendien; daß dasselbe jetzt in der Gunst des Publikums festen Fuß gefaßt hat, kann den Freunden des deutschen Rechtes und einer gesunden Fortenwickelung desselben nur erfreulich sein.

Behrend.

# Grundbuchrechts-Literatur.

**Die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872** herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von **Alex. Achilles**, Stadtrichter in Berlin. Zweite, verb. u. vermehrte Ausgabe, 1873. 2 Thlr., geb. 2⅓ Thlr.

**Erörterung einiger praktischen Fragen aus dem Preuß. Grundbuchrecht.** Von **C. John**, Kreisgerichtsrath und Abtheilungs-Dirigent. 1873, gr. Oktav. 18 Sgr.

Die Veranlassung zur Veröffentlichung vorstehender Schrift waren für den Verfasser die vielen zweifelhaften, ihm in der Praxis vorgekommenen Fälle und das Bemühen, sich dieselben durch tieferes Eingehen in die Gesetze aufzuklären; Gespräche mit anderen Grundbuchrichtern ergaben, daß sie von ähnlichen Zweifeln gequält wurden.

Inhalt: Bedarf es zu den Auflassungserklärungen und zu mündlichen Anträgen und Eintragungen oder Löschungen eines förmlichen Protokolls des Grundbuchamtes? — Bedarf es zur Uebertragung des Eigenthums eines Grundstückes an einen von mehreren Miterben (auf welche dasselbe durch Erbgang gediehen) der Auflassung? — Wer hat zu den verschiedenen Hypothekenoperationen die Anträge zu stellen? — Genügt zu privaten schriftlichen Eintragungs- oder Löschungsanträgen in allen Fällen, daß ihnen die beglaubigten Urkunden in denen die Betheiligten die beantragte Eintragung oder Löschung bewilligt haben, beiliegen? und in welchen speciellen Fällen kann überhaupt nur von dergleichen Anträgen die Rede sein? Welche Vermerke aus den Grundsteuerbüchern sind auf den Titel der nach Formular I. eingerichteten Grundbücher zu setzen? — Müssen, wenn Notare keine besondere Vollmacht zur Stellung von Eintragungs- oder Löschungsanträgen bedürfen sollen, die mit den letzteren eingereichten Urkunden nicht blos die erforderliche Bewilligung sondern auch den erforderlichen Antrag enthalten? — a) Müssen die gerichtlich aufgenommenen oder beglaubigten Eintragungs- oder Löschungsanträge, von welchen der § 33 GBO. spricht, von einem Richter aufgenommen oder beglaubigt sein? — b) Was ist auf solche gerichtlich aufgenommenen Anträge oder Urkunden zu veranlassen? — Ist die Licenz des § 33 Abs. 2 der Grundbuchordnung eine allgemein gültige oder bezieht sie sich nur auf die zu einer Eintragung oder Löschung erforderlichen Anträge und Urkunden? — a) Welches ist die Folge der Befriedigung eines Correalgläubigers wegen seiner Hypothek oder Grundschuld aus einem der mit verhafteten Grundstücke für die anderen? — b) Genügt zur Löschung einer Correalhypothek oder Grundschuld auf sämmtlichen mitverhafteten Grundstücken der Nachweis des Eigenthümers Eines Grundstücks von der durch ihn bewirkten Tilgung der Hypothek oder Grundschuld und sein Antrag auf Löschung der Post? Hindert ein eingetragenes oder gesetzliches Vorkaufsrecht die Annahme der Auflassungserklärung des eingetragenen Eigenthümers und eines Dritten und die Eintragung des Eigenthums des letzteren? — a) Dürfen über Cautionshypotheken Hypothekenbriefe gefertigt werden? — b) Findet auf Cautionshypotheken die Bestimmung des § 67 Ges. auch dann nicht Anwendung, wenn sie in förmliche Hypotheken umgeschrieben sind? — Ist in allen Fällen beim Ausscheiden eines Trennstücks aus der Mithaft von den Lasten und Schulden des Stammgrundstücks der Vermerk dieserhalb auf den Hypothekenurkunden und Grundschuldbriefen erforderlich? Welches sind die Veränderungen in Folge deren Eintragung bei einer Post, über welche bisher ein Hypothekenbrief nicht ausgefertigt war, die nachträgliche Bildung eines solchen erfolgen muß? Gehören speciell Vormerkungen zur Beschränkung des Verfügungsrechts des Gläubigers über eine Post zu ihnen?

**Controversen aus dem Preuß. Grundbuchrecht** nach den Gesetzen vom 5. Mai 1872 und Bemerkungen zur Anwendung dieser Gesetze von **Neubauer**, Kreisgerichtsrath in Berlin. 1874, gr. Oktav 15 Sgr.

Verlag von **J. Guttentag** (D. Collin) in Berlin.

Unter der Presse befindet sich:

Dr. C. F. Koch's

# Allgemeines Landrecht

für die

# Preußischen Staaten.

Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von

Dr. Franz Förster, Geh. Ober-Justiz-Rath. — R. Johow, Obertribunals-Rath.

Dr. P. Hinschius, ord. Professor der Rechte.

A. Achilles, Stadtrichter in Berlin. — A. Dalke, Ober-Staatsanwalt in Marienwerder.

I. Bd. in 6. Ausgabe, II.—IV. Bd. in 5. Ausgabe.

Das ganze Werk wird unter Weglassung der großen kodificirten Gesetze der Neuzeit (Allg. Deutsche Wechselordnung — Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch — Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich — Preuß. Berggesetz — Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 — die bevorstehende Vormundschaftsordnung) **4 Bände** umfassen, schnell hintereinander erscheinen und 20—25 Thlr. kosten.

Die genannten kodificirten Gesetze werden denjenigen geehrten Abonnenten des Koch'schen Landrechtes, welche dies wünschen, als **Supplemente** geliefert werden in selbstständigen kommentarischen Bearbeitungen, und zwar

das **Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch** von **Makower**,
das **Deutsche Strafgesetzbuch** von **Rüdorff**,
das **Preußische Berggesetz** von **Dr. Klostermann**,
die **Preuß. Grundgesetze** von **Achilles**,

welche Werke z. Z. in neuen Auflagen und in gleichem Formate wie das Koch'sche Landrecht erscheinen werden. Ebenso werden

die **Allgemeine Deutsche Wechselordnung**,
die **bevorstehende Preuß. Vormundschafts-Ordnung**

in noch zu veranlassenden Bearbeitungen nachfolgen.

Buchdruckerei der Berliner Bürger-Zeitung, (D. Collin.) Berlin.
Schützen-Straße 68.

## XVI.

# Die Rechtsverhältnisse der Ehefrauen nach dem Brandenburgischen Provinzialrechte.

Von Herrn Stadtgerichtsrath Korn in Berlin.

(Fortsetzung und Schluß.)

### X. Schenkungen unter Eheleuten.

Nach dem allgemeinen Landrechte sind Schenkungen unter Eheleuten wie unter Fremden gültig, doch können sie von den Gläubigern des Geschenkgebers angefochten werden.[115a] Was der Mann der Frau zum standesgemäßen Unterhalte an Kleidern oder anderen Sachen giebt, wird ein freies Eigenthum der Frau und darf von den Gläubigern des Mannes unter dem Vorwande der Schenkung nicht widerrufen werden. Bei Juwelen, Gold, Silber oder sonst zur Pracht dienenden Gegenständen, welche die Frau von dem Manne erhalten hat, gilt die Vermuthung, daß sie ihr nur geliehen sind. Kann aber eine Schenkung bei diesen Sachen bewiesen werden, so gilt von ihnen alles, was von Schenkungen unter Eheleuten überhaupt verordnet ist.[116]

Ganz anders liegt das römische Recht.[117] Es geht von dem Grundsatze aus, daß Schenkungen unter Eheleuten ungültig seien, und rechnet selbst Sachen, wie Stoffe zu Kleidungsstücken zu denjenigen Gegenständen, welche Eheleute sich nicht gültig schenken dürfen.[118] Es macht aber hiervon so viele Ausnahmen, daß diese Materie zu den zweifelhaftesten der ehelichen Rechtsverhältnisse zu zählen ist. Die Ungültigkeit der Schenkung unter Eheleuten ist nicht absolut, vielmehr hat der Schenker nur ein persönliches Recht des Widerrufes und die Schenkung konvalescirt, wenn er in der Ehe stirbt, ohne die Schenkung

[115a] A. L. R. II. 1. § 310—313. Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. § 103. Nr. 3. und Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855. § 7. Nr. 3. und § 9.

[116] A. L. R. II. 1. § 314—317.

[117] Arndts. § 414. — Glück. XXV. § 1253. und XXVI. § 1253—1258. — Göschen. § 700. — Mühlenbruch. § 543—545. — Keller § 405. — Vangerow. § 225.

[118] Lex 31. Dig. De donationibus (XXIV. 1.)

widerrufen zu haben.[119]) Das Verbot bezieht sich nur auf Schenkungen, die im strengsten Sinne während des Bestehens einer gültigen Ehe vorgenommen werden. Was vor Eingehung der Ehe oder nach Auflösung der Ehe, ja was in Erwartung und mit Rücksicht auf eine Scheidung der Ehe von einem Ehegatten dem andern geschenkt wird, ist gültig geschenkt.[120]) Ebenso können Schenkungen, welche in einer ungültigen Ehe gemacht werden, nicht widerrufen werden.[121]) Der Begriff der Schenkung ist im engsten Sinne zu nehmen. Als eine Schenkung wird nicht angesehen, wenn der Schenker nicht ärmer und der Beschenkte nicht reicher geworden ist, wenn also z. B. ein Ehegatte einen Erwerb dem andern zu Liebe unterläßt,[122]) oder wenn einem Ehegatten durch das Verhalten des andern nur eine Ausgabe erspart wird, welche er sonst aus seinen Mitteln hätte bestreiten müssen.[123]) Ausgaben zum gemeinen Besten beider Eheleute werden nicht als Schenkungen angesehen, welche ein Ehegatte dem andern macht, und wenn es zweifelhaft ist, ob eine Aufwendung zum Vortheile beider Eheleute oder nur zum Nutzen des einen von ihnen gemacht ist, so wird keine Schenkung angenommen.[124]) Folgende Schenkungen unter Eheleuten sind positiv im römischen Rechte für gültig erklärt: 1) Schenkungen, welche mit der Auflösung der Ehe im Zusammenhange stehen, daher sind donationes mortis causa und Schenkungen mit Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung gültig,[125]) 2) Schenkungen der Frau an den Mann zur Prozeßführung, zur Ergänzung des census senatorius oder equestris und zur Haltung öffentlicher Spiele,[126]) 3) die Schenkung des zur Deportation verurtheilten Ehegatten.[127]) 4) Schenkungen zum Wiederaufbau eines Hauses,[128]) und 5. Schenkungen zwischen Kaiser und Kaiserin.[129])

Alles dies muß noch jetzt als bestehendes Recht in der

---

[119]) Lex. 32. D. h. t.

[120]) Lex. 27. 35. 11. 12. 60. 61. und 62. D. h. t.

[121]) Lex. 3. u. 32. § ult. D. h. t. — Lex. 7. Cod. eod. (5. 16.)

[122]) Lex. 5. § 8. u. § 12—16. und Lex. 25. D. De donationibus (24. 1.)

[123]) Lex. 5. § 8. § 12. und Lex. 31. § 9. D. h. t.

[124]) Lex. 21. pr. D. h. t.

[125]) Lex. 9. D. h. t.

[126]) Lex. 40—42. D. h. t.

[127]) Lex. 13. § 1. und Lex. 43. D. h. t.

[128]) Lex. 14. D. h. t.

[129]) Lex. 26. Cod. De donat. (5. 16.)

Mark Brandenburg angesehen werden, nur fallen die Ausnahmen von Geschenken zur Ergänzung des census senatorius aut equestris und zur Haltung von Spielen und die Schenkungen des zur Deportation Verurtheilten fort, weil die staatsrechtlichen resp. strafrechtlichen Voraussetzungen für diese Ausnahmen bei uns fehlen.

Es tritt aber hinzu, daß in der Praxis der Grundsatz des römischen Rechtes, wonach es nicht als eine anfechtbare Schenkung angesehen werden kann, wenn ein Ehegatte eine eigene Pflicht erfüllt und dadurch den andern von einer Ausgabe befreit, eine Ausdehnung erfahren hat. Der Mann erhält jetzt das ganze Vermögen seiner Frau an Stelle der Dos und dafür bekommt er die Pflicht, die Kosten nicht nur des gemeinsamen Hausstandes, sondern auch eines standesgemäßen Lebens und Auftretens seiner Frau zu bestreiten. Es liegen eine große Anzahl von Erkenntnissen des Stadtgerichtes zu Berlin und der höheren Gerichte vor, in denen dieser Grundsatz auf Alimentenklagen der Frauen gegen ihre Männer stets zur Anwendung gebracht ist. Der Mann erfüllt nur eine Pflicht, wenn er seiner Frau Kleider, Leinenzeug und sonstige Gegenstände, welche zu ihrem standesgemäßen Leben und Auftreten erforderlich sind, besorgt und solche res uxoris causa paratae sind daher nicht Geschenke, welche er widerrufen kann. Sie verbleiben der Frau unter allen Umständen und werden sogar ihr freies und vorbehaltenes Vermögen. Luxusgegenstände, Schmuck und Putzsachen, welche der Mann der Frau giebt, machen hiervon an sich keine Ausnahme, wenn sie nach ihrer Beschaffenheit lediglich zum Gebrauche der Frau bestimmt sind. Nur wenn der Mann den Nachweis führt, daß er seine Standesverhältnisse damit überschritten hat, daß also eine Pflicht zur Beschaffung der geschenkten Gegenstände in dem weiten Sinne der Gewährung eines standesgemäßen Auftretens nicht obgewaltet hat, kann er solche Schenkung an seine Frau widerrufen. Die Vermuthung, daß Juwelen, Gold und Silbersachen, die der Mann der Frau giebt, im Zweifel nur als geliehen angesehen werden sollen, gilt im brandenburgischen Provinzialrechte nicht. Sind diese Gegenstände nicht zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Mann sie ihr nicht einmal geliehen, sondern nur zur Benutzung in der gemeinsamen Wirthschaft übergeben hat. Sind sie aber zur ausschließlichen Benutzung der Frau nach ihrer ganzen Eigenschaft bestimmt, und giebt sie der Mann der Frau ohne Vorbehalt,

so sind sie als gültige Geschenke zu betrachten, welche der Mann nur wegen Ueberschreitung seiner Standesverhältnisse widerrufen kann.

Scholz-Hermsdorf ist über alles dies anderer Ansicht.[130]) Er behauptet, daß das römische Recht über Schenkungen unter Eheleuten überhaupt in der Mark nicht mehr zur Anwendung kommen könne, weil es in diesem Punkte durchaus kontrovers sei. Allein das Prinzip des römischen Rechtes, daß Schenkungen unter Eheleuten ungültig seien, ist niemals kontrovers gewesen, und wenn dieses Prinzip angenommen wird, so wird jede Heranziehung des allgemeinen Landrechtes unmöglich, da dieses von dem entgegengesetzten Grundsatze ausgeht und deshalb immer zu unrichtigen Entscheidungen der einzelnen entstehenden Streitfragen führen muß. Nicht ganze Materien des älteren Rechtes sollten durch Nr. VII. des Einführungs-Patentes vom 5. Februar 1794 beseitigt werden, wenn in demselben einzelne Fragen kontrovers waren. Nur die vorhandenen Kontroversen des gemeinen Rechtes sollten nach der in dem Landrechte getroffenen Wahl entschieden werden. Es ist aber schon oben[131]) gezeigt worden, daß dies unmöglich ist, wenn das Landrecht von neuen Prinzipien ausgeht, die in dem älteren Rechte nicht bestehen. Dieser Grund von Scholz-Hermsdorf trifft also nicht zu.

Er behauptet aber auch, daß das römische Recht in dieser Materie gar nicht rezipirt sei und beruft sich hierüber auf Cothmann, Kohl und Schartow, sowie auf die Bestimmungen in § 8. II. des Erbschafts-Ediktes vom 30. April 1765. Allein es verhält sich hiermit anders und gerade die angeführten Rechtslehrer und das Erbschafts-Edikt sprechen gegen ihn. — Die Konstitution des Kurfürst Joachim I. von 1527 kennt kein Testament im Sinne des römischen Rechtes. Das Wort Testament kommt allerdings in ihr vor, doch ist darunter nur eine Zuwendung oder ein Legat an eine Kirche oder milde Stiftung verstanden. Jede andere Disposition von Todeswegen ist nach der Joachimica noch die altsächsische Vergabung vor gehegtem Dinge. In Betreff von Eheleuten bestimmt sie wörtlich: So zwey eheleut bey einander in der ehe sein und keinen leiblichen ehelichen erben haben, mag eins dem andern vor gericht obergeben und vermachen zuvoraus den vierdten pfenning aller güter, liegender gründe, reitschafft und farender habe, welches geschen sol vor gehegtem ding. Und solchs sol krafft haben, dieweil sie

[130]) Scholz-Hermsdorf: Provinzial-Recht. II. S 50. Ausgabe von 1834.
[131]) Abschnitt III.

nicht leibliche eheliche erben gewinnen. Sobald aber sie eheliche leibserben bekommen. sol solche obergabe und vermechtnus kein krafft haben. Gleich nach der Joachimica fand das römische Testament in der Mark allgemeine Aufnahme und die Vergabung des vierten Pfennigs vor gehegtem Ding kam in der Praxis fast gänzlich außer Brauch und gerieth in Vergessenheit. Für die Interpreten der Joachimica entstand hierdurch die Verlegenheit, daß sie ihrer veralteten Bestimmung gegenüber standen und ihr doch irgend einen Sinn beilegen mußten, da sie nicht aufgehoben war. Cothmann lag nun der Fall vor, daß ein Ehemann seine Frau in einem römischen Testamente bedacht hatte, und er entschied sich, daß dies Testament ungültig sei, weil Geschenke unter Eheleuten nach der Joachimica unzulässig seien und dies auch auf Zuwendungen durch Testamente angewendet werden müsse.[132]) Allein er läßt zunächst die Auffassung der Joachimica dabei dahin gestellt und spricht nur für den Fall, daß dieser Sinn ihr beizulegen sei. Sodann aber ist seine Ansicht doch nur die, daß die Joachimica in diesem Falle eine Verschärfung des römischen Verbotes über Schenkungen unter Eheleuten enthielte, indem sie sich auf Zuwendungen von Todes wegen erstrecke, die im römischen Rechte durchaus zulässig waren. Daß das römische Recht überhaupt nicht rezipirt sei, sagt er nicht. Eine andere Stellung nimmt Andreas Kohl ein, dem dann Schartow gefolgt ist.[133]) Kohl faßt die Vergabung des vierten Pfennigs vor gehegtem Dinge, wie sie die Joachimica enthält, allerdings als eine donatio inter vivos auf und bekämpft die Annahme, daß sie eine Zuwendung von Todes wegen sei. Seine Gründe sind natürlich nirgends zutreffend und ergeben nur, daß ihm das Verständniß der Vergabung vor gehegtem Dinge gänzlich verloren gegangen war. Er stellt nun aber die Schenkung des vierten Theiles des Vermögens von kinderlosen Eheleuten als eine neue spezielle Ausnahme des gültigen römischen Rechtes hin, untersucht, ob der Kurfürst Joachim befugt gewesen sei, in seiner

---

[132]) Constitutio marchica inhibere dicitur, omnem largitionem a marito suae conjugi supra quartam bonorum partem factam, — quod si ita est, et ordinatio illa localis largitionem quoque, quae testamento fit, includit et comprehendit. Consequiter certe testamentum nostrum esse invalidum. Cothmann Respons. Vol. IV. Resp. 23. Nr. 60.

[133]) Kohl: Declaratio accurata. Quaest. XII. — Schartow: De differentiis juris. 28. § 2. 4. u. 6.

Konstitution von 1527 eine solche Ausnahme zu statuiren, und bekennt unzweifelhaft, daß es im Uebrigen bei dem römischen Rechte in Betreff der Schenkungen unter Eheleuten sein Bewenden behalten müsse.[134]) Kohl und Schartow limitiren die neue Ausnahme denn auch dahin, 1) daß sie nur kinderlosen Eheleuten gestattet sei, 2) daß sie gerichtlich verlautbart sein müsse und 3) daß sie modica sei und nicht den vierten Theil von dem Vermögen des Geschenkgebers übersteige.[135]) Es ist daher nicht abzusehen, wie Scholz-Hermsdorf hieraus hat ableiten können, daß das römische Recht nicht rezipirt sei. — Ebenso verhält es sich mit § 8. II. des Erbschafts-Ediktes vom 30. April 1765, welchen er heranzieht, weil hier der Geschenke unter Eheleuten Erwähnung geschieht. An dieser Stelle des Erbschafts-Ediktes von 1765 wird aber nur verordnet, daß der überlebende Gatte die Geschenke, die er von dem Verstorbenen erhalten hat, bei einer Erbtheilung mit Kindern zu konferiren habe, wenn er Erbe nach der Joachimica werden will. Es ist unbestrittenes römisches Recht, daß durch den Tod des Schenkers sein Geschenk konvaleseirt, und deshalb bewegt sich das Edikt durchaus auf dem Boden dieses Rechtes, wenn es solche Geschenke anerkennt. Will man aus dieser Bestimmung überhaupt einen Schluß ziehen, so kann es nur der sein, daß das Edikt dem landrechtlichen Grundsatze, wonach Geschenke zwischen Eheleuten gültig sein sollen, entgegensteht und den Kindern gegenüber das Verbot des römischen Rechtes noch in der Weise verschärft, daß die Ausnahme, wonach das Geschenk durch das Ableben des Schenkenden gültig wird, aufgehoben und der Empfänger zur Kollation und Anrechnung des Geschenkes gezwungen wird. — Den Ansichten von Scholz-Hermsdorf ist daher nicht beizutreten. Seit Steyer[136]) die Irrthümer von Kohl über diesen Punkt aufgedeckt hat, ist es nicht zweifelhaft gewesen, daß das römische Recht in Betreff der Schenkungen unter Eheleuten in der Mark gilt, und daß auch die Ausnahme von der Quarta kinderloser Eheleute, welche Kohl sich künstlich konstruirt hat, von der Praxis nicht adoptirt ist.

---

[134]) Etsi inter conjuges jure communi donatio sit prohibita, tamen donatio quartae, de qua hic agitur, licita est atque permissa, et protinus ab initio valet. Nec ambigitur electorem potuisse juri communi hac in parte derogare, cum in ditionibus suis tantum possit, quantum imperator in imperio. Kohl. Decl. acc. XII. No. 38. S. 233. Ausgabe von 1731.

[135]) Kohl a. a. O. Quaest. XII. Nr. 1. und Schartow a. a. O. § 6.

[136]) Dissertatio inauguralis. S. 85. Ausgabe von 1761.

Es gilt deshalb auch noch gegenwärtig, mag immerhin das Prinzip des allgemeinen Landrechtes einfacher und zweckmäßiger erscheinen.

Alles dies bezieht sich jedoch nur auf die materielle Seite der Frage. Was die Form der Schenkungen betrifft, so handelt darüber der Titel 11. Theil I. des allgemeinen Landrechtes, welcher nicht suspendirt ist. Es kommt daher in Beziehung auf die Form der Schenkungen und auf die Frage, ob nicht schon wegen Versäumniß dieser eine Schenkung ungültig ist, lediglich auf die Bestimmungen des Landrechtes und nicht auf das römische Recht an.

Was endlich die Anfechtung einer Schenkung unter Eheleuten durch die Gläubiger des Geschenkgebers angeht, so scheidet hier der Fall eines Konkurses aus, da über diesen in einem andern Zusammenhange gehandelt werden soll. Außerhalb des Konkurses kommt das Gesetz vom 9. Mai 1855 betreffend die Befugnisse der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner zur Anwendung, da es in allen alten Provinzen der preußischen Monarchie gilt. Nach ihm unterliegen ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum der Anfechtung durch den Gläubiger 1) die freigebigen Verfügungen, welche der Schuldner zum Vortheile seines Ehegatten nach geschlossener Ehe vorgenommen hat, 2) die Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner seiner Ehefrau oder deren Rechtsnachfolgern behufs Sicherstellung oder Abfindung wegen des in seine Verwaltung gekommenen Vermögens in stehender Ehe ein Pfandrecht oder ein Hypothekenrecht bestellt oder auf irgend eine Weise Befriedigung gewährt hat, ohne daß ein Fall der gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherstellung des Vermögens der Ehefrau oder zur Herausgabe ihres Vermögens vorlag; 3) Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, welche der Schuldner seinem Ehegatten gegenüber vor oder nach geschlossener Ehe ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere im Kontumazial-Verfahren, abgegeben hat, sofern nicht die Richtigkeit dieser Dokumente anderweit nachgewiesen wird. Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn eine Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners anzunehmen ist, und wenn die anzufechtende Rechtshandlung nach der Entstehung der Forderung des intervenirenden Gläubigers vorgenommen ist.[137]) Es fragt sich aber, ob die Rechte eines Gläubigers in der Mark noch weiter gehen, ob er zur Deckung für seinen Anspruch das Recht seines

---

[137]) Gesetz vom 9. Mai 1855. § 7, Nr. 3. 4. 5. § 9. und § 2.

Schuldners, eine Schenkung an seinen Ehegatten zu widerrufen, im Wege der Exekution mit den Wirkungen einer Cession oder Assignation sich überweisen lassen darf und so auch Schenkungen anfechten kann, die schon vor Entstehung seines Anspruches stattgefunden haben. Allein dies muß verneint werden. Der § 9. Gesetz v. 9. Mai 1855 limitirt das Recht des Gläubigers dahin, daß er nur Rechtshandlungen angreifen kann, welche nach der Entstehung seines Anspruches vorgenommen sind, und da diese Vorschrift eine lex specialis ist, beseitigt sie alle generellen Rechtsgrundsätze, die etwa sonst herangezogen werden könnten. Außerdem aber ist das Recht, eine Schenkung zu widerrufen, ein ganz persönliches Recht des schenkenden Ehegatten, welches nicht auf seine Erben übergeht und deshalb auch nicht cessibel ist.

Nur wenn der Ehegatte, der das Geschenk gemacht hat, die Schenkung bereits widerrufen hat und dadurch eine Forderung auf Rückgabe der geschenkten Gegenstände begründet hat, liegt ein Anspruch vor, welcher cedirt werden kann. In diesem Falle steht aber auch nichts entgegen, daß ein Gläubiger des Ehegatten, welcher die Schenkung widerrufen hat, zu seiner Befriedigung den Anspruch seines Schuldners im Wege der Exekution mit den Wirkungen einer Cession oder Assignation sich überweisen läßt, mag die Schenkung oder der Widerruf immerhin vor Entstehung seines Anspruches stattgefunden haben.

## XI. Rechte des Mannes an dem eingebrachten Vermögen der Frau im Allgemeinen und seine vermuthete Vollmacht.

Bei Beurtheilung der Rechte des Mannes an dem eingebrachten Vermögen der Frau muß als oberster Grundsatz gelten, daß die Frau Eigenthümerin ihres Vermögens verbleibt, daß dem Manne nur die Früchte und Einkünfte gebühren, um die Kosten des gemeinsamen Hausstandes zu bestreiten, und daß er ihr das eingebrachte Vermögen zurückgewähren muß, wenn die Ehe aufgelöst wird oder er aus einem andern Grunde seiner Rechte an dem Eingebrachten verlustig geht. Dennoch sind die Rechte des Mannes niemals so aufgefaßt worden, als ob er ein einfacher Usufructuar sei und sich nur in den Befugnissen eines Solchen bewegen dürfe. Die Ableitung seiner Rechte aus den Lehren des römischen Rechtes von der Dos und die Erinnerung an die altsächsischen Rechtsverhältnisse hat dahin geführt, ihm größere Rechte beizulegen und ihm ein Verwaltungsrecht einzuräumen, wonach er

auch über die Substanz des eingebrachten Vermögens der Frau in gewissen Grenzen verfügen kann. Ihr Eigenthumsrecht wird also weiter eingeschränkt und aufgehoben, als dies durch die Konkurrenz eines einfachen Nießbrauches geschieht.

Jeder Ehemann hat auch eine vermuthete Vollmacht von seiner Ehefrau zur Vertretung derselben in ihren Rechtsangelegenheiten. In dieser Beziehung stimmt das römische Recht mit dem allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten überein.[138]) Allein dieser Umstand darf nicht herangezogen werden, um die Rechte des Mannes an den Illaten der Frau zu bestimmen, denn er bezieht sich nur auf solche Angelegenheiten der Frau, welche außerhalb seiner maritalischen Nießbrauchs- und Verwaltungsbefugnisse liegen, in welchen die Frau selbst handeln muß und bei welchen sie nur durch irgend einen Umstand nicht sogleich einschreiten kann. Das Recht des Mannes auf die Früchte und Einkünfte, und zur Verwaltung des eingebrachten Vermögens der Frau ist sein eigenes Recht. Er handelt in dieser Beziehung nicht als Mandatar der Frau und diese kann nicht nach ihrem Belieben eingreifen und nicht das Verhältniß wie eine Vollmacht kündigen oder einschränken. Sein Recht kollidirt mit ihrem Rechte und geht ihm vor, so lange nicht ein gesetzlicher Grund eintritt, wonach er desselben verlustig wird. Er kann stets interveniren, wenn die Frau Anstalten trifft oder Rechtsgeschäfte abschließt, durch welche ihre eingebrachten Vermögensstücke seinem Nießbrauchs- und Verwaltungsrechte entzogen werden sollen, und dies hat die Wirkung, daß ihm gegenüber die ganzen thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse unverändert bleiben.

Schmidt faßt das Verhältniß nach dem preußischen Landrechte so auf, daß der Mann nur der Frau gegenüber als Nießbraucher zu betrachten ist, dritten Personen gegenüber aber als Verwalter der Substanz dastehe. Er sagt:[138a]) „Im Verhältniß zur Frau ist der Mann verbunden, seine Verwaltung nur nießbrauchlich zu führen, und jede Disposition, welche über diese Grenze hinausgeht, künftig ihr zu verantworten. Im Verhältniß nach Außen findet dagegen eine Zweiung der Gatten, des Einen als Nießbrauchers und des Andern als Eigen-

[138]) L. 21. C. De procuratoribus (II. 13.) und A. L. R. § 119. Tit. 13 Theil I.

[138a]) Familienrecht. S. 166.

thümers keineswegs statt.“ Es kann dahingestellt bleiben, ob dies in dieser Allgemeinheit die richtige Auffassung des preußischen Landrechtes ist. Jedenfalls trifft es für das Brandenburgische Provinzialrecht nicht zu. Vor der Publikation des Landrechtes hat man das Recht des Mannes nur in der Weise betrachtet, daß man ihm ein Nießbrauchs- und ein Verwaltungs-Recht gab und seine Verhältnisse zu Dritten auch hiernach beurtheilte. Man muß daher auch noch jetzt diesen Standpunkt einnehmen und diese beiden Seiten seiner Befugnisse neben einander halten, um sowohl seiner Frau als Dritten gegenüber die Grenzen zu finden, in denen seine Rechte sich bewegen.

Als **Nießbraucher** hat der Mann in der Mark Brandenburg alle Befugnisse, welche einem Solchen in dem nicht suspendirten Titel 21. Theil I. des Allgemeinen Landrechtes überhaupt beigelegt sind, und welche auch wesentlich mit den Vorschriften des römischen Rechtes übereinstimmen. Werden Schätze während der Ehe auf den Illaten-Grundstücken der Frau gefunden, so kommen sie ihm jedoch nur in der Weise zu Gute, daß er nur den Nießbrauch daran erhält und sie selbst Bestandtheile des Illaten-Vermögens werden, soweit er oder ein Dritter nicht einen Anspruch auf Finderlohn aus ihnen zu fordern hat.[139])

Schließt er Verträge ab, um die Früchte des Illaten-Vermögens zu verwerthen oder um Vorkehrungen zur wirthschaftlichen Erhaltung desselben zu treffen, so geschieht dies in seinem Namen. Er für seine Person erwirbt dadurch allein Rechte und Pflichten, mag er immerhin den Zweck und die Veranlassung bei dem Abschlusse des betreffenden Rechtsgeschäftes angegeben haben. Es folgt hieraus auch, daß alle Verträge, die er in Bezug auf die Benutzung der Illaten schließt, betreffs der Frau ihre Wirkung verlieren, sobald seine eigenen Rechte erlöschen. Hat er z. B. ein Grundstück der Frau verpachtet oder vermiethet, und stirbt er, (ohne daß die Frau seine Erbin wird), so erlöschen diese Pacht- und Miethsverträge, denn die Frau ist nicht Kontrahentin. Sie kann ihr Grundstück frei zurückverlangen. Pächter und Miether müssen es räumen, und haben nur einen Regreßanspruch an den Mann und dessen Erben, wenn der Inhalt des Vertrages, den sie mit dem Manne abgeschlossen haben, dies gestattet.

Er haftet dagegen seiner Frau für Dolus und Culpa und muß

---

[139]) Glück: Kommentar §. 1232. (B. 23. S. 118).

ihr den dadurch verursachten Schaden ersetzen.[140]) Was den Grad seines Versehens betrifft, welchen er zu vertreten hat, so bestimmt ihn das Landrecht als grobes und mäßiges Versehen und in Betreff von Mobilien als grobes Versehen, während er nach dem römischen Rechte Sorgfalt wie in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden hat. Da aber die Lehre von der diligentia quam in suis rebus erst in neuerer Zeit und nach der Publikation des Landrechtes aufgeklärt worden ist und das preußische Landrecht in diesem Punkte der älteren Auffassung des römischen Rechtes entspricht, muß angenommen werden, daß das Landrecht in diesem Punkte mit dem Provinzialrechte übereinstimmt und auch auf die brandenburgischen Eheleute Anwendung findet.

Zweifelhafter kann es erscheinen, ob die Bestimmung des römischen Rechtes noch gilt, wonach der Ehemann durch einen Vertrag mit der Frau im voraus von der Haftung für Culpa sich nicht befreien kann.[141]) Es muß dies aber bejaht werden. Sie ist eine ganz positive und nicht kontroverse Rechtsregel des römischen Rechtes, welche lediglich das Familienrecht betrifft und direkt von den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes abweicht.[141a])

Im Uebrigen richten sich die Rechte des Mannes, welche er während der Ehe an den Illaten der Frau hat, nach den Bestandtheilen des eingebrachten Vermögens der Frau, da ihm von jeher an den einzelnen Stücken, aus denen die Dos oder die Illaten der Frau bestehen können, verschiedene Rechte eingeräumt worden sind.

## XII. Rechte des Mannes an beweglichen, nicht fungibeln körperlichen Sachen, welche zum eingebrachten Vermögen der Frau gehören.

Bewegliche, nicht fungible körperliche Sachen z. B. Möbel, Haus- und Wirthschaftsgeräthschaften, Betten, Leinenzeug und dergl. mehr, welche zum eingebrachten Vermögen der Frau gehören, kann der Mann nach dem allgemeinen Landrechte frei veräußern und die Frau hat kein Widerspruchsrecht, um ihn daran zu hindern.[142]) Er erhält also nach dem Landrechte während der Ehe alle Befugnisse eines Eigenthümers

[140]) A. L. R. § 595. Tit. 1. Th. II. und § 132. Tit. 21. Th. I. — Glück: Kommentar § 1233. (B. 23. S. 118.) — Holzschuher: § 60. Nr. 11. (B. I. S. 648.)

[141]) L. 6. D. De pactis dotalibus (XXXIII. 4.)

[141a]) A. L. R. § 595. Tit. 1. Th. II.

[142]) A. L. R. § 247. Tit. 1. Th. II.

und daneben besteht nur die Verpflichtung für ihn, daß er für den Fall der Auflösung der Ehe die vorhandenen Stücke zurückgiebt und für die veräußerten oder verdorbenen Mobilien Ersatz leistet, soweit ihm Vorsatz oder grobes Vergehen nachgewiesen wird.[143]) Es ist früher kontrovers gewesen, ob der Mann hiernach wirklich als Eigenthümer zu betrachten ist. Eine unbefangene Betrachtung des Landrechtes und seiner Vorschrift, daß der Mann über diese Vermögensstücke die freie Verfügung habe, kann aber keinen Zweifel hierüber aufkommen lassen, und die Redaktoren des Landrechtes sind sich hierüber auch durchaus klar gewesen. Suarez sagt: Es ist die Frage aufgeworfen, ob auch Exekutionen in die inferirten Mobilien wegen Schulden des Mannes stattfinden, oder ob die Frau solche vindiciren könne? M. v. muß man ersteres annehmen, weil man sich sonst in inextrikable Weitläufigkeiten und Prozesse verwickelt.[144]) Jetzt kommt aber die Kabinetsordre vom 7. April 1838 in Betracht.[145]) In dieser ist bestimmt, daß die dem Ehemanne beigelegte freie Verfügung über die von der Frau eingebrachten Mobilien nur als eine Erweiterung der ihm ertheilten Verwaltungsrechte anzusehen und lediglich an seine Person gebunden ist, und daß die Frau ihre Eigenthumsrechte an den eingebrachten Mobilien wenn diese im Wege einer gegen den Mann verhängten Exekution in Beschlag genommen werden, durch eine Interventionsklage zu verfolgen befugt ist, falls nur nicht die Gläubiger durch Handlungen freier Verfügungen des Mannes ein dingliches Recht an den eingebrachten Mobilien erworben haben. Man kann der Ansicht von Schmidt nur beitreten, daß durch diese Deklaration die Grundsätze des Landrechtes wesentlich durchbrochen sind. Nach dem Landrechte besteht während der Ehe kein Unterschied in den Rechten des Mannes über seine Mobilien und über die eingebrachten Mobilien seiner Frau. In Betreff dieser liegt nach dem Landrechte ungezweites Gut vor, welches zur alleinigen Verfügung des Mannes steht und seinen Gläubigern gegenüber sich nicht dahin unterscheidet, wo es herstammt.[146]) Jedenfalls ist der Grund, welchen die Kabinetsordre vom 7. April 1838 aufstellt, daß es sich um ein persönliches Recht des Mannes handle, hinfällig, denn wo ein reines Vermögensrecht in der Mitte ist, kann von einem

143) A. L. R. §§ 559–561. a. a. O.

144) Bornemann. V. § 319. (S. 94.)

145) Ges. Samml. 1838. S. 255.

146) Schmidt: Familienrecht. S. 170–179. § 27.

höchst persönlichen Rechte nicht die Rede sein. Bornemann und die Praktiker, welche schon vor der Deklaration vom 7. April 1838 der Frau eine Interventionsklage gegen den Gläubiger ihres Mannes wegen ihrer Illaten beilegen wollten und schließlich den Erlaß der Deklaration von 1838 durchgesetzt haben, legten denn auch allein Gewicht darauf, daß die eingebrachten Mobilien auch nach den Bestimmungen des Landrechtes noch als Eigenthum der Frau angesehen werden müßten, weil nicht ausdrücklich im Gesetze gesagt sei, die Frau verliere dies, und daß die Frau eine Klage zum Schutze ihres Eigenthumsrechtes haben müsse.

Im brandenburgischen Provinzialrechte ist ein solches Interventionsrecht der Frau zum Schutze ihrer Mobilien gegen die andringenden Gläubiger des Mannes stets anerkannt worden und mit der oben erwähnten Kabinetsordre vom 7. April 1838 ist man zu dessen Grundsätzen eingelenkt. Schon aus dem Jahre 1626 ist uns ein kammergerichtliches Erkenntniß erhalten, wonach die Klage einer Ehefrau gegen den Gläubiger ihres Mannes, der ein Vermögensstück von ihr in Anspruch nahm, für begründet erklärt worden ist,[147]) und seitdem ist stets so verfahren. Der Grund ist der, daß die Rechte des Mannes an der Dos aufhören und die Frau die Dos zurückfordern kann, wenn der Mann in Vermögensverfall geräth und sein Vermögensverfall durch die Verhängung der Exekution in die Dos dargethan wird.[148])

Im übrigen kommt römisches Recht, wie es sich im modernen Gebrauch entwickelt hat, in der Mark zur Anwendung, sodaß der Mann im Prinzipe zwar nicht als Eigenthümer der eingebrachten Stücke anzusehen ist, seine Dispositionsbefugniß über die Sachen jedoch nur beschränkt wird durch die Sicherheit der Frau in Betreff ihres Rückforderungsrechtes. (Abschnitt II.) Er kann also, wie nach dem preußischen Landrechte, über die eingebrachten Mobilien der Frau während der Dauer

[147]) Scheplitz: Consuetudines II. Tit. 120. S. 62. Judicatum den 20. Juni 1626. In Sachen Dorotheen von Hoben, Baltzer von Wilmerstorffe ehelichen Hausfrawen, eines, und Carl Zandern Beklagten, andern Theils, ist der Bescheidt: daß an die Kette, welche Klägerin Schuld halber, hat in Berlin versetzet, der Beclagte sich nicht halten könne, weil dieselbe nicht Wilmerstorffen, sondern Klägerin zustendig.

[148]) Lex. 24. pr. D. Soluto matrimonio (24. 3.) u. Lex. 29. C. De jure dotium (5. 12.)



der Ehe frei verfügen, und die Frau hat kein Widerspruchsrecht, wenn nicht der Fall vorliegt, daß sie ihre Dos überhaupt zurückfordern kann. Veräußert er die Mobilien, so kann die Frau sie später nicht vindiciren, vielmehr nur Schadenersatz von ihrem Manne verlangen. Verpfändet der Mann die Mobilien nur, so weicht das Provinzialrecht von dem Landrechte ab, denn es kommt nun die Bestimmung Justinians zur Anwendung, wonach das Recht des Pfandinhabers schwächer ist als das der Frau, sobald der Fall eintritt, daß sie ihre Dos zurückverlangen kann.[149]) Jedoch muß dieser Grundsatz dahin eingeschränkt werden, daß ihr Recht nur dann dem des Pfandinhabers vorgeht, wenn dieser bei Erwerbung des Pfandbesitzes gewußt hat, daß die verpfändeten Gegenstände zu dem Vermögen der Frau gehört haben. Hat er die Sachen im guten Glauben als freies Eigenthum des Mannes betrachtet, so kann die Frau sie nur zurückfordern, wenn sie den Pfandschilling erlegt, weil ihm dies als redlichen Besitzer zukommt.

Hiernach ist auch zu verfahren, wenn ein Vermiether wegen rückständiger Miethe Mobilien retinirt, welche der Mann in die Wohnung gebracht hat, welche aber zum eingebrachten Vermögen der Frau gehören. Hat der Vermiether in diesem Falle bei Einbringung der Sachen in die Wohnung gewußt, daß sie nicht dem Manne gehören, so kann er sie wegen der Miethe nicht zurückbehalten und nicht aus ihnen seine Befriedigung suchen. Der Ehemann hat eben nach dem römischen, in der Mark gültigen Rechte nur eine begrenzte Befugniß zur Verpfändung der eingebrachten Mobilien seiner Frau und die Deklaration vom 21. Juli 1846 bestimmt ausdrücklich, daß das Retentions- und Pfandrecht des Vermiethers nur so weit geht, als die Befugniß des Ehemannes zur Verpfändung der eingebrachten Mobilien.[150]) Vorausgesetzt ist dabei, daß die Frau selbst in der Lage ist, ihre Illaten

[149]) Lex. 30. C. De jure dotium (5. 12). Einem an landrechtliche Anschauungen gewöhnten Juristen kann dies befremdlich erscheinen, da es gegen den Satz verstößt, daß demjenigen, welchem eine Veräußerung freisteht, eine Verpfändung ebenso gestattet ist. Allein die Vorschrift des römischen Rechtes hierüber ist ganz positiv. Allerdings spricht es nur von Hypotheken, aber es bedarf wohl kaum der Erinnerung, daß Faustpfand vor der Hypothek nach dem römischen Rechte keinen Vorzug gewährt und Ersteres ebenso wie Letztere behandelt werden muß.

[150]) Gesetz-Sammlung pro 1846. S. 326. zu § 395 Tit. 21. Th. I. A.-L.-R

zurückzufordern, denn so lange dies nicht zutrifft, kann der Mann auch nach römischem Rechte die eingebrachten Mobilien der Frau gültig verpfänden.

Veräußert der Mann die eingebrachten Mobilien, so muß er oder sein Erbe dafür Ersatz leisten, wenn der Fall eintritt, daß die Illaten zurückgefordert werden können, denn er haftet für Dolus und grobes Versehen. Er hat aber nicht den Werth, welchen die Sachen zur Zeit der Einbringung, sondern nur den, welchen sie zur Zeit der Veräußerung hatten, zu ersetzen, da er für Verschlechterungen, die durch den Gebrauch ohne sein Verschulden entstehen, nicht haftet. Das Recht die Sachen zu benutzen ist sein Aequivalent für die Kosten des Hausstandes, welche er zu tragen hat. Zinsen von dem Erlöse braucht er aus diesem Grunde auch nicht zu gewähren, es sei denn, daß er mit Erstattung des Erlöses sich im Verzuge befindet.[151])

Die Bestimmung des Landrechtes, daß die Frau statt der fortgekommenen Mobilien diejenigen Stücke wählen könne, die an die Stelle derselben von dem Manne angeschafft sind, ist dem römischen Rechte unbekannt und gilt nicht in der Mark Brandenburg.[152])

Sind die eingebrachten Mobilien dem Manne mit einer Taxe übergeben, so unterscheidet das Landrecht und das römische Recht zunächst, ob diese Taxe zum Zwecke eines Verkaufes an den Mann aufgestellt ist. In diesem Falle kann die Frau nur die Taxe fordern und der Mann auch der Frau wider ihren Willen die Mobilien selbst nicht aufdringen.[153]) Ist dieser Zweck nicht klar ausgesprochen, so streitet man im römischen Rechte, ob aus der Aufnahme einer Taxe eine Vermuthung hergeleitet werden könne, daß venditionis causa ästimirt sei.[154]) Das Landrecht für die preußischen Staaten kennt solche Vermuthung nicht, und ist es wohl auch nach römischem Rechte richtiger, daß die Taxe, wenn nicht der Zweck eines Verkaufes bestimmt ausgesprochen ist, nur zur Information der Frau dienen soll, um ihr für alle Fälle den Beweis des Werthes der eingebrachten Sachen zu erleichtern und zu sichern. Jedenfalls ist dies als bestehendes Provinzialrecht anzusehen, da das Landrecht zur Ent-

151) Lex. 25. u. 26. D. Soluto matr. (24. 3.)

152) § 560. Tit. 1. Th. II. A. L. R.

153) Lex. 5. u. 10. C. De jure dotium (5. 12.) und § 563. Tit. 1. Th. II. A. L. R.

154) Holzschuher: Theorie I. S. 650. (Nr. 17.) — Glück: 25. S. 30. Note 83.

scheidung der gemeinrechtlichen Kontroverse in diesem Punkte herangezogen werden muß.

Ist festgestellt, daß die Taxe der eingebrachten Mobilien nicht zum Zwecke des Verkaufes der Sachen an den Mann erfolgt ist, so hat nach dem preußischen Landrechte die Frau, wenn der Fall einer Rückforderung der Dos eintritt, die Wahl zwischen den Mobilien selbst und deren angeschlagenem Werthe. Nach römischem Rechte ist jedoch nicht streitig, daß in diesem Falle dem Manne, wie jedem Verpflichteten bei einer alternativen Obligation diese Wahl zusteht.[155]) Auch wird er hierin nicht durch den Umstand beschränkt, daß die Sachen inzwischen schlechter geworden sind, wofern dies nur ohne seine vertretbare Schuld geschehen ist, denn die Taxe tritt nur ein, wenn er die Sachen in Natur nicht zurückgeben will oder wegen eigenen Verschuldens nicht zurückgeben kann. Es ist dies daher als bestehendes Provinzialrecht anzusehen.

Wenn die Frau ihre Mobilien, welche die Eigenschaft von Illaten haben, ohne Genehmigung des Mannes veräußert, so hat dies die Wirkung, als ob eine beliebige dritte, ganz unbetheiligte Person die Veräußerung bewirkt hätte, denn sie kann den Rechten ihres Mannes nichts vergeben. Der Mann kann deshalb von ihr Rückgewähr oder Schadenersatz verlangen. Er kann sich aber auch an den Erwerber halten und Rückgabe der Mobilien von ihm fordern. Ist dieser als ein redlicher Besitzer zu betrachten, hat er also nicht gewußt, daß die Frau verheirathet war und die Mobilien zu ihren Illaten gehört haben, so muß der Mann die Sachen allerdings lösen und ihm alles erstatten, was er selbst dafür gegeben hat.[156])

## XIII. Rechte des Mannes an baaren Geldern und vertretbaren Sachen, welche zum eingebrachten Vermögen der Frau gehören.

Der juristische Grundsatz, daß ein Nießbraucher von verzehrlichen und fungibeln Sachen mit dem Beginne des Nießbrauches Eigenthum an diesen Sachen erwirbt und nur die Verpflichtung überkommt, bei Beendigung seines Rechtes das Empfangene zwar nicht in specie.

---

[155]) Glück: Pandekten. B. 25. S. 18. u. Bd. 27. S. 351. — Holzschuher: I. S. 650. Nr. 18.

[156]) A. L. R. § 188. Tit. 7. Th. I. und § 25. u. 26. Tit. 15. Th. I.

wohl aber in gleicher Art, Güte und Quantität zurückzugeben, beruht auf der ökonomischen Nothwendigkeit, daß eine Verwerthung dieser Sachen nicht anders als durch Verbrauch oder Verzehrung ausführbar ist.[157]) Dieselbe wirthschaftliche Nothwendigkeit tritt auch bei der Dos ein, soweit sie aus fungibeln Sachen besteht, da bei ihr der letzte Zweck auch dahin geht, dem Manne eine wirthschaftlich verwerthbare Zuwendung für die Kosten des Hausstandes zu gewähren.

Baares Geld oder fungible Sachen, welche die Frau dem Manne in die Ehe bringt oder welche sonst als Illaten in den Besitz des Mannes gelangen, werden Eigenthum des Mannes.[158]) Die Frau kann einzelne Stücke davon niemals vindiciren, vielmehr nur Gewährung gleicher Art, Güte und Menge fordern, wenn der Fall einer Rückgewähr ihres Vermögens eintritt. Inzwischen kann der Mann frei über das Empfangene verfügen, das Geld nach seinem Belieben ausgeben oder zinsbar auf seinen Namen anlegen. Leiht er das Geld auf den Namen seiner Frau aus, sei es mit oder ohne Sicherheit in Pfand oder Hypothek, so präjudicirt dies ihn aber nicht die Frau. Es wird ein auf den Namen der Frau geschriebenes Kapital, über welches der Mann, wie unten[159]) gezeigt werden soll, ohne ihre Einwilligung nicht ferner verfügen kann. Dagegen verliert die Frau ihren Anspruch auf Rückzahlung des Geldes an den Mann nur in dem Falle, daß sie ihre Einwilligung zur Anlage des Geldes in der geschehenen Weise gegeben hat. Sie braucht die Forderung statt des Geldes nicht anzunehmen, wenn sie nicht mit der Anlage von vornherein einverstanden gewesen ist. In welcher Form sie ihre Einwilligung zu geben hat, wenn die Summe funfzig Thaler übersteigt, kann zweifelhaft erscheinen.[160]) Die landrechtlichen Juristen, für welche die Frage ebenso liegt, erachten die mündliche Form für genügend, und gehen dabei von folgenden Gesichtspunkten aus. Als ein Vertrag zwischen Mann und Frau könne eine solche Abrede nicht aufgefaßt

---

[157]) Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet. L. 7. D. De usufructu earum rerum (VII. 5.)

[158]) Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres ejus. L. 42. D. De jure dotium (XXIII. 3.)

[159]) Abschnitt XIV.

[160]) A. L. R. § 131. Tit. 5. Th. 1.

werden. Das Ganze falle nur unter den Begriff einer Verwaltungsmaßregel, die der Mann mit einem Vermögensstücke der Frau vornehme, welches eben dadurch als das Ihrige bezeichnet werden solle. Die Frau sei Vollmachtgeberin und der Einwand des Dolus stehe ihr entgegen, wenn sie die mündlich ertheilte Genehmigung zur Anlage des Geldes später widerrufen wolle.[161]) Allein dies trifft nicht genau zu. Der Mann wird Eigenthümer der eingebrachten Gelder und fungibeln Sachen, und deshalb kann die Frau darüber nicht als Mandantin verfügen und er nicht die Stelle eines Mandatars übernehmen. Die Sache ist vielmehr so aufzufassen, daß die Anlage der baaren Illaten in einer auf den Namen der Frau geschriebenen Forderung, wenn die Frau hiermit sich einverstanden erklärt, als eine Art Rückerstattung der Dos zu betrachten ist, und daß die Frau hiervon später nicht wieder abgehen kann, weil sie sonst doppelte Befriedigung verlangen würde. Es muß daher eine mündliche Form der Genehmigung der Frau als genügend angesehen werden.

Hiermit steht auch nicht im Widerspruche, daß Gegenstände, welche mit Dotal-Geldern angeschafft worden sind, dotal werden.[162]) Gegen die Frau gilt dieser Satz überhaupt nicht, denn sie braucht nicht Sachen anzunehmen, wenn sie Geld eingebracht hat. Er enthält nur ein Beneficium für die Frau gegen den Mann, so daß sie für den Fall der Auflösung der Ehe solche Gegenstände von dem Manne oder dessen Erben als ihr Eigenthum fordern kann, welche er ausschließlich mit ihren Illatengeldern erworben hat. Sie hat die Wahl, ob sie ihre Gelder oder die davon angeschafften Sachen nehmen will. Sind es Forderungen, die der Mann mit ihren Geldern für sich erworben hat, so muß sie deren Cession von dem Manne oder dessen Erben verlangen und kann vor dieser nicht den Schuldner in Anspruch nehmen, denn da ihr Mann in seinem eigenen Namen gehandelt hat, besteht das Rechtsverhältniß der Forderung zunächst nur zwischen ihm und dem Debenten. Auch gegen den Gläubiger des Mannes kommt dieser Grundsatz der Frau zu gut.[163]) Sie kann zum Zwecke der Freigabe

---

[161]) Konklusum der Gesetz-Kommission vom 3. Dezember 1793. (Raabe II. S. 542.) Koch: Recht der Forderungen. II. S. 43. und Kommentar zum Landrecht § 7. Tit. 13. Th. I.

[162]) Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. L. 54. D. De jure dotium. (XXXIII. 3.)

[163]) Hymmens: Beiträge Band II, S. 121. — v. Scholtz-Hermsdorf (II. 31.)

interveniren, wenn Gegenstände des Mannes, die ausschließlich mit ihren eingebrachten Geldern angeschafft sind, von dessen Gläubigern zu ihrer Befriedigung im Zwangsverfahren in Anspruch genommen werden. Nur wenn der Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet wird, fallen diese Befugnisse fort und an ihre Stelle tritt die Bestimmung, daß die Frau die während der Ehe angekauften, beweglichen und unbeweglichen Sachen, einschließlich der ausstehenden Forderungen und der auf den Inhaber lautenden Papiere nicht als Vindikantin verlangen darf, wenn diese Sachen aus ihren baar eingebrachten Geldern angeschafft sind, sondern nur dann, wenn sie mit Geldern angekauft sind, die aus dem Erlöse anderer eingebrachten Gegenstände oder ihres vorbehaltenen Vermögens erworben sind.[164])

## XIV. Rechte des Mannes an Forderungen, die zum eingebrachten Vermögen der Frau gehören.

Sollen nach dem römischen Rechte ausstehende Forderungen zur Dos bestellt werden, so bedarf es dazu einer Delegation oder einer Cession der Forderungen an den Mann. Der Mann erwirbt dadurch die Forderungen mit der Wirkung, daß er sie wie seine Eigenen für sich einziehen kann. Streitig ist hierbei aber, was als Gegenstand der Dos zu betrachten ist, ob der Nominal-Werth der Forderungen oder nur dasjenige, was der Mann als Erfüllung wirklich erhält. Die neueren Juristen[165]) wollen unterscheiden, ob eine Delegation oder eine Cession zur Uebertragung der Forderung auf den Mann gewählt worden ist. Bei der Ersteren soll der Mann die Gefahr tragen, also den Nominal-Werth sich als Dos anrechnen müssen und hiervon sollen nur die zwei Ausnahmen gelten: 1) daß eine bedingte Forderung delegirt ist und der Schuldner pendente conditione zahlungsunfähig wird, oder 2) daß eine Forderung auf Lieferung einer individuellen Sache delegirt ist und diese untergeht oder verschlechtert wird, bevor der Mann

---

bestreitet gegen die Ansicht der Stände, daß dies richtig sei, weil der Grundsatz, daß mit Dotal-Geldern erworbene Sachen dotal würden, im römischen Rechte kontrovers sei. Allein er übersieht, daß für die Kontroversen des römischen Rechtes, die sich allerdings an diesen Grundsatz anknüpfen, keine Entscheidungen im Landrechte enthalten sind, wir also lediglich auf das römische Recht angewiesen sind.

[164]) Konk.-Ordng. v. 8. Mai 1855. § 88. Nr. 2.

[165]) Vangerow: Pandekten I. § 217. Anm. 1. (S. 314. der 2. Ausgabe) und Holzschuher: Theorie und Praxis. § 60. Nr. 36. u. 37. (I. S. 657 Ausgabe von 1863.)

sich im Verzuge mit Beitreibung dieser Sache befunden hat. Bei der Cession der Forderung soll die Frau die Gefahr, daß der Schuldner insolvent wird, tragen und der Mann den vollen Nominal-Werth sich nur anrechnen müssen, wenn er mit der Einziehung der Schuld in Verzug gerathen ist. In beiden Fällen, mag also Delegation oder Cession vorliegen, soll der Mann für den Verlust haften, wenn er eine Novation abschließt, einen Nachlaßvertrag eingeht oder Zinsen von dem Schuldner eintreibt. Die älteren Juristen[166]) machen diesen Unterschied zwischen Delegation und Cession nicht und übertragen der Frau in beiden Fällen das Periculum der Forderung, so daß in der Regel nur dasjenige als Dos gilt, was auf die Forderung wirklich eingetrieben wird. Der Mann hat nach ihnen nur ausnahmsweise sich den Nominal-Werth der Forderung anzurechnen, und zwar wenn er eine Novation abschließt,[167]) einen Stundungsvertrag eingeht,[168]) Zinsen vom Schuldner eingetrieben hat,[169]) oder in einen vertretbaren Verzug bei Einziehung der Schuld verfallen ist.[170]) Er wird jedoch wiederum frei, und haftet nicht für nachsichtige Zögerung bei Beitreibung der Forderung, wenn es sich um eine Schuld des Vaters der Frau oder eines Dritten, welcher die Schuld der Frau geschenkt hat, handelt, weil es als etwas unerhörtes anzusehen sei, wenn die Frau sich darüber beschweren wolle, daß ihr Vater oder ihr Geschenkgeber nicht mit Strenge behandelt worden sei.

Im preußischen Landrechte ist dies anders. Der Unterschied beruht aber nicht sowohl auf dem Wegfall der Delegation oder Cession der Forderung an den Mann, welche zu der Einbringung des Vermögens der Frau in die Ehe nicht mehr erforderlich sind, als auf einer veränderten Anschauung von der Natur einer Obligation. Im römischen Rechte ist diese lediglich eine Klage und es ist eine nahe liegende Konsequenz, daß der Mann für die ungesäumte Anstellung und Verfolgung derselben verantwortlich ist, und daß es ihm namentlich nicht gestattet werden kann, für Entgelt, das heißt gegen den Empfang von Zinsen ihre Erhebung zu verzögern.[171]) Im preußischen Rechte gelten aus-

[166]) Glück: Pandekten § 1230c. (B. 25. S. 33 ff.)

[167]) Lex. 35. D. De jure dotium (23. 3).

[168]) Lex. 49. eod. und Lex. 66. § 6. D. Soluto matrim. (24. 3.)

[169]) Lex. 71. D. De jure dotium. (23. 3.)

[170]) Lex 33. eodem.

[171]) Si maritus nomen secutus usuras exegerit, periculum ejus futurum. Lex. 71. D. De jure dotium. (23. 3.)

stehende Forderungen dagegen in erster Reihe als bleibende Kapitalanlagen, die zu dem Zwecke geschehen sind, fortlaufende Zinsen für sie zu beziehen. Es erkennt dem entsprechend einen Nießbrauch an Forderungen an und zwar mit der Wirkung, daß der Nießbraucher nicht befugt ist, das Kapital der Forderung einzuziehen.[172]) Diese Grundsätze sind auch auf das eingebrachte Vermögen der Frau angewendet und demgemäß ist bestimmt: Kapitalien, welche auf den Namen der Frau, ihres Erblassers oder Geschenkgebers geschrieben sind, kann der Mann ohne Bewilligung der Frau nicht einziehen, verpfänden, veräußern oder sonst abhänden bringen. Die Frau ist nur verpflichtet ihre Einwilligung zu geben, 1) wenn nothwendige die Substanz des Eingebrachten betreffende Ausgaben, welche aus dem Nießbrauche nicht getragen werden können, dergleichen Verfügungen erforderlich machen, 2) wenn der Mann die Einziehung des Kapitales wegen besorgter Unsicherheit nöthig findet, 3) wenn das Kapital von dem Schuldner selbst gekündigt wird, und 4) wenn der Mann das Kapital auf eine andere Art zu nutzen Gelegenheit findet. Verweigert die Frau ihre Einwilligung in Fällen, wo sie dieselbe zu ertheilen schuldig ist, so kann ihre Einwilligung von dem vormundschaftlichen Gerichte nach vorgängiger Untersuchung der Umstände jedoch ohne einen förmlichen Prozeß zwischen Mann und Frau ergänzt werden. In den Fällen zu 2 bis 4 muß der Mann ein solches Kapital anderweit auf den Namen der Frau entweder bei sich oder bei einem Dritten gegen hinlängliche Sicherheit wieder anlegen.[173]) Hierzu treten noch die Bestimmungen der Prozeßordnung, daß der Mann wegen der bezeichneten Kapitalien nicht allein klagen kann, daß er, wie das Obertribunal zutreffend erkannt hat, ohne Einwilligung der Frau sie nicht kündigen darf, und daß die Frau, wenn sie nur eine Kaution oder eine justa causa nachweisen kann, eine Klage wegen solcher Außenstände ihres eingebrachten Vermögens selbstständig und im Widerspruche gegen ihren Mann anstrengen kann.[174]) Wegen dieses letzterwähnten Umstandes haftet der Mann auch niemals für eine unterlassene oder verspätete Klage. Dagegen haftet der Mann in erster Reihe und der Schuldner der Frau in subsidium für alles, was ohne Genehmigung der Frau eingezogen wird.[175])

---

[172]) § 101—107. Tit. 21. Th. I. A. L. R.

[173]) § 233—239. Tit. 1. Th. II. A. G. O.

[174]) § 19—22. Tit. 1. Th. I. A. L. R.

[175]) § 243. u. § 244. 1. II. A. L. R.

Das preußische Recht weicht also sehr erheblich vom römischen Rechte ab. Unter Kapitalien, welche auf den Namen der Frau oder ihres Autors geschrieben sind, sind nun aber nicht alle Forderungen der Frau zu verstehen, denn es ist nicht abzusehen, weshalb sonst im Gesetze nicht einfach die Bezeichnung: Forderungen oder Außenstände der Frau gewählt wäre. Daß nicht Geldansprüche allein darunter zu begreifen sind, hat das Tribual schon ausgesprochen, indem es Altentheile der Frau solchen Kapitalien gleichgesetzt hat.[176]) Ebenso wäre der Begriff zu eng, wenn man nur Forderungen darunter verstehen wollte, die auf Grundstücken eingetragen, also hypothekarisch versichert sind. Aus dem Worte Kapital folgt, daß jede Anlage einer Summe Geldes, die zum Zwecke dauernder Zinsgewinne oder fortlaufender Nutzungen erfolgt ist, darunter zu begreifen ist. Es fällt daher auch die Einlage eines Kommanditisten in eine Kommanditgesellschaft unter den Begriff der auf den Namen der Frau geschriebenen Kapitalien[177])

Ueber die Forderungen der Frau, welche nicht zu den auf ihren oder ihres Autors Namen geschriebenen Kapitalien gehören, z. B. Ansprüche aus der Gewährleistung, auf Schadenersatz, auf eine Unterlassung u. dgl. mehr, enthält das allgemeine Landrecht in den Titeln vom Familienrechte keine speziellen Bestimmungen. Sie einfach unter die § 247 II. 1 bezeichneten Mobilien zu begreifen, ist unzulässig, da das Landrecht unter Mobilien nur Möbel, Hausrath und Geräthschaften versteht und diese Legal-Definition für die Auslegung des Landrechtes unbedingt maßgebend ist.[178]) Ebenso findet sich bei den Vorschriften über den Nießbrauch keine Bestimmung über solche Forderungen, denn es wird hier auch nur von Kapitalien gehandelt, und deshalb führt die generelle Bestimmung, daß der Mann alle Rechte eines Nießbrauches am eingebrachten Vermögen der Frau habe, auch zu keinem Aufschlusse.[179])

Ferner gewährt auch die Vorschrift des Landrechtes, durch welche die Handlungsfähigkeit der Frau im Allgemeinen eingeschränkt wird,

---

[176]) Erk. v. 11. September 1847. Entsch. B. 2. S. 192.

[177]) Art. 161. Deutsch. Hand. Ges. Buch.

[178]) § 18. Tit. 2. Th. I. A. L. R.

[179]) § 231. 1. II. und § 101. 21. I. A. L. R.

keinen Anhalt, denn diese ist nur dahin gefaßt, daß in Ansehung des eingebrachten Vermögens alle von der Frau während der Ehe ohne Bewilligung des Mannes gemachten Schulden nichtig sind.[180]) Faßt man dies auch, wie oben gezeigt ist, in dem weitesten Sinne dahin auf, daß die Frau in keiner Weise lästige Verträge eingehen kann, so kann es doch niemals dahin ausgedehnt werden, daß ihr die Verfolgung ihrer Ansprüche und die Verhandlung darüber benommen ist. — Das Einzige, was zutrifft, ist die Vorschrift des Landrechtes, daß der Mann gerichtliche Angelegenheiten, welche die Substanz des Eingebrachten betreffen, nur mit Hinzuziehung der Frau betreiben kann.[181])

Zur Substanz des Eingebrachten gehören alle Forderungen der Frau, welche sie vor der Ehe erworben hat oder die ihr während der Ehe von einem Dritten zufallen, mögen sie auch nur in Ansprüchen auf Zinsrückstände oder andere Nutzungen bestehen. Dieser Vorschrift des Landrechtes steht aber wieder die Bestimmung der Gerichtsordnung, daß der Mann mit Ausnahme gewisser, hier nicht zutreffender Fälle alle gerichtlichen Verhandlungen, welche das Eingebrachte der Frau angehen, auch ohne deren Zuziehung besorgen kann, direkt entgegen.[182]) — In der Praxis hilft man sich deshalb von Fall zu Fall, zieht in der Regel bei Vergleichen und Quittungen über solche Ansprüche beide Eheleute zu, läßt aber wieder den Mann als Kläger allein zu, wenn die Frau nicht freiwillig einem deshalb angestellten Prozesse beitritt. Daß aber der Mann für Säumigkeit in Betreibung solcher zum Eingebrachten gehörigen Forderungen der Frau haftbar sei, ist wohl noch nie von einem landrechtlichen Juristen ausgesprochen worden und läßt sich auch nicht rechtfertigen, da der § 22. 1. I A.G.O. dem Manne nur eine Befugniß, aber keine Verpflichtung auferlegt.

Es fragt sich nun, was als bestehendes Provinzial-Recht anzusehen ist, ob das römische Recht oder das preußische Landrecht? Das Richtige ist, daß man hier unterscheiden muß zwischen Kapitalien, die auf den Namen der Frau oder ihres Autors geschrieben sind, und anderen Obligationen.

Die rechtliche Natur solcher Kapitalien, welche auf Zins ausgethan sind, ist eine andere als die der römischen Obligationen. Ihr Zweck

---

180) § 320. 1. II. A. L. R.

181) § 245. 1. II. A. L. R.

182) § 22. 1 I. A. G. O.

ist, wie schon oben gezeigt worden ist, eine dauernde Anlage und nicht eine Klage. Daß der Mann für jeden künftigen Ausfall des Kapitales haften muß, wenn er sich darauf einläßt, die Zinsen zu erheben, statt das Kapital einzuklagen, ist ganz unverträglich mit dieser Art von Forderungen. Sind sie, wie wohl die Regel sein wird, auf Hypothek ausgethan — mag dabei eine persönliche Haftbarkeit bestehen oder nicht —, so haben sie mehr von einem Immobiliarrechte als von einer einfachen Obligation. Diese veränderte Rechtsanschauung entspringt nicht aus dem Familienrechte und hat ihre Quelle nicht in den suspendirten Titeln des Landrechtes. Sie beruht auf dem modernen Obligationen- und Hypothekenrechte. Kapitalien, welche auf den Namen der Frau, ihres Erblassers oder Geschenkgebers gschrieben sind, müssen als Rechtsobjekte betrachtet werden, welche das römische Recht in dieser Weise nicht kennt. Da nun die Suspension der drei Titel des Landrechtes, welche vom Familienrechte handelt, nur mit der Einschränkung erfolgt ist, daß ein bestehendes römisches Recht sich nachweisen lasse, so kann in Betreff dieser Art von Obligationen der Frau nur das preußische Landrecht in der Mark zur Anwendung kommen.

Bei allen übrigen Forderungsrechten kann dagegen eine solche veränderte Rechtsanschauung nicht behauptet werden. Sie haben noch jetzt wesentlich die Natur der römischen Obligationen. Abgesehen davon, daß die Bestimmungen des preußischen Landrechtes über die Befugnisse des Mannes und der Frau in Betreff dieser Forderungen unklar sind, liegt keine Veranlassung vor, das römische Recht für beseitigt zu erachten. Die Kontroverse, welche im römischen Rechte bei ihnen obwaltet, dreht sich nur um die Frage, ob der Mann bei einer Delegation solcher Forderungen dieselbe Stellung einnehmen soll, wie bei einer Cession. Sie ist für den Usus modernus gegenstandslos, da bei dem eingebrachten Vermögen der Frau eine förmliche und ausdrückliche Ueberweisung ihrer Forderungen an den Mann zum Zwecke ihrer Konstituirung als Dos fortgefallen ist und nur die Rede davon sein kann, daß der Mann die Stellung eines Cessionars einnimmt. In Betreff dieser Art von Forderungen der Frau hat der Ehemann in der Mark Brandenburg daher nicht nur die ihm durch die allgemeine Gerichtsordnung beigelegte Befugniß sie allein einzuklagen, sondern auch

die Verpflichtung hierzu, und der Frau geht das Recht ab, sie zu verfolgen, sich über sie zu vergleichen und Quittung über sie zu leisten. Was der Mann von ihnen eintreibt, gilt als baar eingebracht. Was ausfällt, büßt die Frau ein, wenn der Mann nicht eine Novation abgeschlossen[183]) einen Stundungsvertrag eingegangen[184]), Zinsen statt des Kapitales angenommen[185]) oder ein vertretbares Versehen oder eine vertretbare Zögerung bei ihrer Einklagung begangen hat[186]). Da aber eine ausdrückliche Art der Uebertragung der Forderungen an den Mann, wie er bei der römischen Dos nothwendig ist, im modernen Rechte fehlt, muß seine Haftbarkeit auf den Fall eingeschränkt werden daß die Frau ihm rechtzeitige Mittheilung von ihrer Forderung gemacht und ihm vollständige Information zur Begründung des Anspruches gegeben hat. Auch muß noch jetzt als bestehendes Recht angesehen werden, daß der Mann von dem Ersatze des Ausfalles frei bleibt und für nachsichtige Zögerung bei Beitreibung der Forderung nicht haftet, wenn es sich um eine Schuld des Vaters der Frau oder eines Dritten, welcher sie der Frau geschenkt hat, handelt.[187])

## XV. Rechte des Mannes an den Immobilien der Frau.

Durch eine Lex Julia de adulteriis ist verordnet, daß der Ehemann ein praedium dotale ohne Einwilligung der Frau weder veräußern noch verpfänden dürfe.[188]) Veräußerungen faßte man im weitesten Sinne.[189]) Justinian bestimmte aber noch, daß die Veräußerung auch ungültig sei, wenn die Frau ihre Einwillung dazu gegeben habe.[190]) Als Ausnahme gelten, wenn das Grundstück dem Manne venditionis causa zugeschätzt war, wenn der Verkauf vermöge recht-

---

[183]) Lex. 35. D. De jure dotium. (23. 3.)

[184]) Lex. 49. eodem. und Lex. 66. § 6. D. Soluto matrimonio. (24. 3.)

[185]) Lex. 71. D. De jure dotium. (23. 3.)

[186]) Lex. 33. D. eodem.

[187]) Lex. 33. D. De jure dotium. (23. 3.) — Glück: Pandekten. § 1230. (25. S. 37.) — Vangerow: Pandekten. I. § 217. Anm. 1. (S. 314. 2. Ausgabe von 1845.) — Holzschuher: Theorie § 60. Nr. 35. (I. S. 656. Ausg. v. 1863.)

[188]) L. 4. D. de fundo dotali. 23. 5.

[189]) L. 1. C. de fundo dotali.

[190]) Lex. unica. C. de rei uxoriae act. 5. 13.

licher Nothwendigkeit (damni infecti causa) geschah, oder wenn er zum offenbaren Nutzen der Frau erfolgte.[191]) Das Kanonische Recht hat dann noch den vierten Fall hinzugefügt, wenn die Frau ihre Einwilligung zur Veräußerung mit einem Eide bekräftigt hatte.[192])

Die Frau kann nach dem römischen Rechte die Veräußerung auch während des Bestandes der Ehe anfechten, sobald der Fall eintritt, daß sie die Dos zurückfordern kann.[193]) Streitig ist aber, ob auch dem Manne ein Anfechtungsrecht seines eigenen Geschäftes zustehe. Die älteren Juristen verneinen dies meist, weil ihm der Einwand des Dolus entgegen stehe.[194]) Die neueren Juristen bejahen es dagegen und machen nur die eine Ausnahme, daß der Mann das Recht der Vindikation des von ihm verkauften Grundstückes verliere, wenn er nach Auflösung der Ehe die Dos lukrirt habe.[195])

Im Usus modernus knüpfte man an diese Grundsätze an, verband aber damit den Gedanken, daß die Frau Eigenthümerin des Grundstückes während der Ehe bleibe und der Mann nur den Nießbrauch oder ein Untereigenthumsrecht daran habe, oder daß es nicht Dotal-, sondern nur Paraphernal-Gut sei. Man gelangte deshalb dahin, die durch Justinian eingeführte absolute Unveräußerlichkeit der Grundstücke der Frau fallen zu lassen und verlangte zu einer gültigen Veräußerung nur, daß beide Eheleute einig sein müßten. Einzelne Juristen stellten noch als Erforderniß auf, daß der Richter der Frau nach Untersuchung der Sache den Verkauf bestätigen müsse.[196]) Weiter ging kein Rechtslehrer und die Praxis hat dies letzte Erforderniß nicht einmal allgemein anerkannt. Andererseits aber entschloß man sich nicht, dem Eigenthume der Frau die Wirkung beizulegen, daß sie als Verkäuferin anzusehen sei, und der Mann nur die Rolle eines kontrolirenden Beistandes einnehme. Man verblieb vielmehr bei der Anschauung des römischen Rechtes, daß der Mann der Disponent

[191]) Glück: Pandekten. B. 25. S. 404. § 1252.

[192]) C. 28. X. De jure jurando. 2. 24.

[193]) Glück: 25. S. 400. Holzschuher: II. cap. III. § 60. Nr. 6. (I. S. 646.)

[194]) Stryck: Usus modernus (De fundo dotali) § 7. — Nood: Comm. ad pand. de fundo dotali — Leyser: Medit. 6. u. 7. — Thibaut: System I. § 448 — Hellfeld: § 1251.

[195]) Vangerow: I. § 217. Anm. 3. (S. 317.) — Glück: § 1251. (B. 25 S. 402.) — Holzschuher: II. 3. § 60. Nr. 7. (B. I. S. 646.)

[196]) Struve: Syntagma. I. Exercit. 30. th. 22. — Claproth: Freiwillig. Gerichtsbarkeit. § 180.

über die Dos sei, daß er als Verkäufer zu betrachten sei, und daß die Frau nur als Nebenperson auftrete, welche zwar ihre Genehmigung zur Gültigkeit des Vertrages zu ertheilen habe, aber direkte Rechte und Pflichten gegen den Käufer nicht erlange.

Das preußische Landrecht steht im Allgemeinen auf demselben Standpunkte. Der Ehemann ist der Verkäufer bei der Veräußerung eines Grundstückes der Frau, welches zu ihrem Illatenvermögen gehört. Er erwirbt dadurch den Anspruch gegen den Käufer auf Berichtigung des Kaufgeldes. Er ist es auch, welcher dem Käufer für rechtzeitige und vollständige Erfüllung des Vertrages, also für die Uebergabe, Gewährsmängel u. s. w. haftet. Die Frau hat zwar zu der Gültigkeit des Geschäftes ihre Genehmigung zu geben. Sie tritt aber dadurch nicht in das Geschäft mit ein und wird nicht Mitkontrahentin. Ihre Genehmigung ist nur eine Bestätigung des Geschäftes ihres Mannes, wodurch dieses konfirmirt wird, ohne sie gegen den Dritten zu verpflichten oder zu berechtigen.[107]) Das schließt aber nicht aus, daß Alles, was der Mann durch den Verkauf gewinnt, dotal wird und zur Substanz des eingebrachten Vermögens der Frau hinzutritt. Bekommt er einen baaren Kaufpreis, so gilt dies als Illatum in baarem Gelde. Wird der Kaufpreis kreditirt, so wird das so angesehen, als ob der Mann das Geld der Frau ausgethan hätte. Bei Rückerstattung der Illaten muß die Frau aber die Forderung annehmen, da sie die Genehmigung dazu ertheilt hat, wenn der Mann sie ihr nicht baar auszahlen will. Der Mann kann deshalb auch gleich die kreditirten Kaufgelderrückstände auf den Namen der Frau schreiben lassen, wenn ihm dies zweckmäßig erscheint, und die Frau muß sich dies gefallen lassen.

Das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten stimmt also mit dem Usus modernus des römischen Rechtes überein, und da letzterer als bestehendes Recht der Mark vor der Publikation des Landrechtes betrachtet werden muß, besteht in dieser Rechtsmaterie keine Verschiedenheit zwischen dem Provinzial- und dem Landrechte. Nur in einem untergeordneten Punkte weichen sie von einander ab.

Die Frau ist nach dem Landrechte verpflichtet, in die Veräußerung

---

[107]) Schmidt: Preuß. Familienrecht. § 24. S. 152.

oder Verpfändung ihrer Grundstücke zu willigen, wenn nothwendige, die Substanz betreffende Ausgaben, welche aus dem Nießbrauche nicht getragen werden können, dergleichen Verfügungen erfordern.[198]) Im römischen Rechte geht man in dieser Beziehung etwas weiter, indem dem Manne die Erlaubniß zur Veräußerung schon beigelegt wird, wenn sie der Frau zum Nutzen gereicht.[199]) In der Praxis wird Beides aber wohl ziemlich zusammenfallen, denn jede beliebige Spekulation des Mannes, die er in der Absicht, das Vermögen der Frau zu vergrößern, vornimmt, kann nimmer mehr als eine Verfügung zu ihrem Nutzen angesehen werden. Die Rechtslehrer des römischen Rechtes fügen deshalb auch häufig das Wort „offenbar" ein, und schränken die allgemeine Regel dahin ein, daß die Frau ihre Genehmigung nur dann ertheilen müsse, wenn ihr Nutzen offenbar und ganz klar dadurch befördert werde. Verweigert die Frau ihre Genehmigung zur Veräußerung oder Verpfändung ihrer Grundstücke in den Fällen, in welchen sie dazu verpflichtet ist, so kann ihre Einwilligung nach dem preußischen Landrechte von dem obervormundschaftlichen Gerichte nach vorhergegangener Untersuchung ergänzt werden.[200]) Im römischen Rechte und im Usus modernus ist dies unbekannt. Die oben erwähnte, von einzelnen Rechtslehrern aufgestellte Koncurrenz des Richters der Frau zur Bestätigung ihrer Einwilligung hat den Zweck des Schutzes der Frauen, ist aber niemals dahin ausgedehnt worden, daß sie zum Zwange der Frauen benutzt werden kann. Mag der Mann wegen besonderer Uebereinkommen, die er mit der Frau getroffen, oder wegen wirthschaftlicher Nothwendigkeit und Nützlichkeit die Einwilligung der Frau zur Veräußerung oder Verpfändung ihrer Grundstücke fordern, so muß nach dem in der Mark gültigen römischen Rechte in allen Fällen, wo die Frau ihre Genehmigung verweigert, im ordentlichen Prozesse durch förmliches Urtheil entschieden werden, ob sie schuldig ist, die Einwilligung zur Veräußerung und Verpfändung zu geben.

Veräußert oder verpfändet der Mann ein Illaten-Grundstück ohne die Einwilligung der Frau, so fehlt es im

---

[198]) § 234. I. 1. A. L. R.

[199]) Ita constante matrimonio permutori dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit. Lex 26. D. de jure dot. 23. 3.

[200]) § 239. II. 1. A. L. R.

Landrechte an einer Bestimmung, was dann für die Frau Rechtens sei, da dieses nur vorschreibt, wie es gehalten werden soll, wenn der Mann Illaten-Kapitalien ohne ihre Einwilligung einzieht. Nach dem römischen Rechte kann die Frau in einem solchen Falle erst, wenn die ganze Dos wieder an sie fällt, das Grundstück vindiciren, doch läuft inzwischen keine Verjährung gegen sie. Es muß dies daher auch als bestehendes Provinzialrecht der Mark angesehen werden und muß mit Rücksicht auf die Grundbuchsverfassung nur nachgelassen werden, daß sie zur Wahrung ihres Rechtes zu jeder Zeit einen Vormerk in das Grundbuch für sich eintragen lassen kann. Dagegen kann der Mann sein eigenes Geschäft nicht anfechten, denn für die Praxis ist wohl immer bei der obigen Kontroverse entscheidend gewesen, daß der Mann seinem Käufer Eviction zu leisten hat und ihm deshalb der Einwand des Dolus wirksam entgegengestellt werden kann. Jedenfalls liegt die Sache so nach dem Landrechte und muß dieses eventuell zur Entscheidung der gemeinrechtlichen Kontroverse herangezogen werden.

Veräußert die Frau ohne Zuziehung ihres Mannes Grundstücke, welche zu ihrem Illaten-Vermögen gehören, so ist ein solches Rechtsgeschäft für den Mann sowohl nach dem römischen Rechte, als nach dem preußischen Landrechte nichtig. Er kann die Grundstücke von dem Käufer zurückfordern. Dagegen fragt es sich, ob die Frau selbst das Geschäft als ungültig ausrufen kann. Nach dem preußischen Landrechte ist dies zu bejahen, weil den Ehefrauen nach ihm die Handlungsfähigkeit fehlt und alle Rechtsgeschäfte, die sie ohne Beitritt ihrer Männer abschließen, in Betreff ihres Illaten-Vermögens nicht blos relativ, sondern absolut nichtig sind. Nach dem römischen Rechte ist dies dagegen zu verneinen, weil die Frauen durchaus handlungsfähig sind und die rei uxoriae actio, d. h. das Recht, die Dos nach Trennung der Ehe zurück zu bekommen, nicht ein Bestandtheil der Dos, sondern ein außerhalb der Dos liegendes Recht, der Frau ist, über welches die Frau ohne Zuziehung ihres Mannes frei verfügen darf. Sie kann die Actio rei uxoriae, welche keine rein persönliche Klage mehr ist,[201]) während der Ehe cediren, und wenn sie ein zur Dos gehöriges Grundstück ohne Genehmigung ihres Mannes verkauft, so ist dies unter denselben Gesichtspunkt zu bringen Es bleiben dann zwar die Rechte des Mannes an dem Dotal-Grund-

[201]) Codex V. 13. De rei uxoriae actione.

stücke unberührt, die Frau selbst aber ist gebunden und der Käufer kann das Grundstück von ihr verlangen, sobald durch Auflösung der Ehe die Dos an sie fällt. Das Ober-Tribunal hat nun unter dem 29. Mai 1854 erkannt [202]): Eine märkische Ehefrau kann zwar, auch ohne Zuziehung und Einwilligung ihres Ehemannes, persönliche Verbindlichkeiten, namentlich Schuldverbindlichkeiten, mit der rechtlichen Wirkung gültig eingehen, daß diese nach getrennter Ehe gegen sie und ihr Vermögen geltend gemacht werden dürfen, keineswegs aber ist sie befugt, in stehender Ehe ohne Einwilligung ihres Ehemannes Veräußerungsverträge über das eingebrachte Vermögen mit jener Wirkung zu schließen, vielmehr sind solche einseitig eingegangenen Verträge ungültig. Als Grund ist angenommen: dem Güterrechte der Eheleute in der Mark liege das alte Sachsenrecht zu Grunde, nach dem Sachsenspiegel I. Art. 31 und Art. 45 § 2 [203]) habe die Frau über Grundstücke nicht ohne ihren Mann verfügen können; dieses Mundium des Mannes über sie sei erhalten; nur der auch dem sächsischen Rechte nicht widersprechende Grundsatz, daß eine Frau persönliche Verpflichtungen einseitig eingehen könne, soweit nur die maritalischen Rechte dadurch nicht geschmälert würden, habe aus dem römischen Rechte in der Mark Eingang gefunden. Allein grade die angezogene Stelle des Sachsenspiegels liefert den klaren Beweis, daß ein solches Mundium des Mannes über die Person seiner Frau niemals bestanden hat. Durch dat he mit ir in den geweren sit, schließt es ausdrücklich aus und reducirt alles darauf, daß zwischen Mann und Frau nur ungezweites Gut herrschte. Es fehlt aber jeder Anhalt in der Praxis und läßt sich nicht nachweisen, daß in diesem einzelnen Punkte das altsächsische Recht von dem ungezweiten Gute sich in der Mark erhalten hat. Seit dem Eindringen des römischen Rechtes sind die Güterrechte der Eheleute in der Mark lediglich nach diesem, wie es sich im Usus modernus entwickelt hatte, behandelt worden.

Es muß daher als bestehendes Provinzialrecht der Mark angesehen werden, daß eine Frau, welche in stehender Ehe ein Illaten-Grundstück ohne Zuziehung ihres Mannes verkauft oder verpfändet, hierdurch verpflichtet wird, und nur

---

[202]) Entsch. B. 29. S. 137.

[203]) En wif ne mach ok ane irs mannes gelof nicht ires gudes vergeven, noch egen verkopen, durch dat he mit ir in den geweren sit.

**der Ehemann seines Nießbrauches und Verwaltungsrechtes an dem Grundstücke nicht verlustig geht.** Der Dritte erwirbt dadurch Eigenthum oder Hypothek an dem Grundstücke. Doch dauert andererseits das Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht des Mannes unverändert fort, denn die Frau kann nicht mehr Rechte übertragen als sie selbst hat. Der Käufer muß warten, bis die Ehe aufgelöst wird und das Recht des Mannes erlischt, um die Verwaltung und den Fruchtgenuß des Grundstückes zu erlangen. Ist dem Dritten nur eine Hypothek von der Frau ohne Einwilligung des Mannes auf ihrem eingebrachten Grundstücke eingeräumt, so kann er diese in stehender Ehe gegen die Frau einklagen und das Grundstück zur Subhastation bringen, doch erfolgt der Verkauf in dieser auch nur unter dem Vorbehalte des Nießbrauchs und Verwaltungsrechtes des Ehemannes. **Den Kaufpreis oder die Valuta für die Hypothek kann der Dritte gültig an die Frau allein zahlen, denn der Mann gewährt ihm nichts und die Frau ist an sich vertragsfähig, so daß sie der Zuziehung des Mannes nicht bedarf.** Sie kann auch gültig verabreden, daß ein Theil des Kaufpreises kreditirt werde und vielleicht hypothekarisch für sie eingetragen werde. Der Mann kann nicht interveniren und Aenderungen verlangen, denn es handelt sich nicht um seine Rechte. Will er kreditirtes Kaufgeld aus einem solchen Kaufvertrage einziehen, so muß er sich von der Frau deren Rechte cediren lassen. Will er das Kaufgeld, das seiner Frau baar ausgezahlt ist, heben, so muß er sich deshalb an die Frau wenden. Es ein zweites Mal von dem Käufer zu fordern, ist er nicht befugt. Giebt ihm die Frau den Erlös ohne Vorbehalt, so wird er Theil des eingebrachten Vermögens. Verweigert sie die Herausgabe, so kann sie dazu nicht verurtheilt werden, denn was sie im Gegensatze zu dem Rechte des Mannes und unter Wahrung seines maritalischen Nießbrauchs und Verwaltungsrechtes erwirbt, wird ihr vorbehaltenes Vermögen, ebenso wie die actio rei uxoriae von Anfang an zu ihrem vorbehaltenen Vermögen gehörte, und alles, was sie erhält, nur als ein Aequivalent für die Abtretung derselben erscheint.

## XVI. Erwerb der Frau durch ihre Thätigkeit.

Nach dem römischen Rechte ist die Frau verpflichtet in der Wirthschaft und in dem Geschäfte des Mannes nach ihren Kräften thätig zu sein. Was sie in diesen erwirbt, erwirbt sie dem Manne, jedoch ver-

steht man dies nicht von Kunst- und Handwerksarbeiten der Frau, die sie für sich allein betreibt. Der Gewinn aus letzteren gehört der Frau und wächst auch nicht der Dos zu, falls nur die operae domesticae et obsequiales nicht darunter leiden und die Frau die Mehrausgaben, welche dem Manne dadurch entstehen, ihm vergütet.[204])

Im preußischen Landrechte ist dies anders. Hier fällt aller Erwerb der Frau aus ihrer Thätigkeit dem Manne zu und gilt nur dann als eine Vermehrung ihres Illaten-Vermögens, wenn der Mann ihn ihr läßt und ihn zugleich in Grundstücken oder Kapitalien auf ihren Namen anlegt.[205]) Bornemann nimmt allerdings an, daß der Erwerb der Frau durch operae artificiales, soweit die Frau ihn nicht in der Wirthschaft verwende, eingebrachtes Gut der Frau werde, daß sie die Belegung desselben auf Grundstücke oder Kapitalien in stehender Ehe fordern könne, und daß es, wenn solche Belegung einmal geschehen sei, nicht mehr darauf ankomme, ob der Erwerb bei stattfindender Absonderung noch in gleicher Art belegt sei.[206]) Er gelangt hierzu durch eine Betrachtung der Materialien des Landrechtes. Auf ein gezogenes Monitum hatte Suarez gesagt: „In der Natur der Sache ist kein Grund, warum nicht eine Frau, die mit Einwilligung ihres Mannes ein besonderes Gewerbe treibt, ebenso gut wie ein Kind, das in patria potestate ist, etwas für sich solle erwerben können. Nur würde ich dergleichen Erwerb als ein Illatum betrachten, wovon dem Manne administratio et ususfructus gebührt, insofern sich nicht die Frau beides vorbehalten hat.“ Auch wollte Suarez, daß die Frau, wenn sie eine Sache oder ein Kapital aus diesem Grunde beanspruchte, jedesmal den Beweis führen müsse, daß diese aus ihrem artificiellen Erwerbe angeschafft oder belegt seien. Es wurde aber in der Schlußberathung konkludirt: „Soll nur auf Grundstücke und Kapitalien

---

[204]) Glück: Pandekten. § 1223. B. 24. S. 388. — Struben: Rechtliche Bedenken. B. IV. 25. — Thibaut: System. I. § 438. — Holzschuher: Theorie und Kasuistik. II. cap. III. § 55. Nr. 6. B. I. S. 585.

[205]) §§ 211. 219. 220. Tit. 1. Th. II. A. L. R. Was die Frau in stehender Ehe erwirbt, erwirbt sie der Regel nach dem Manne. — Grundstücke und Kapitalien, die von den Einkünften eines besonderen Gewerbes der Frau angeschafft und zur Zeit der Vermögensabsonderung auf ihren Namen geschrieben sind, gehören zum Vermögen der Frau. — Sie haben aber wenn das Gewerbe nicht bloß mit dem vorbehaltenen Vermögen der Frau betrieben, oder sonst ein anderes ausdrücklich verabredet worden ist, nur die Eigenschaft des Eingebrachten.

[206]) Bornemann: Preuß. Civilrecht. B. 5. S. 81.

eingeschränkt werden, die auf den Namen der Frau stehen;“ und in Folge dessen wurden in § 211 Tit. I Thl. II A. L.-R. die Worte: „der Regel nach“ eingeschoben und die §§ 219 und 220 a. a. O., wie sie jetzt vorliegen, redigirt. Bornemann schließt nun aus diesem Hergange, daß die Redaktoren des Landrechtes keineswegs die Absicht gehabt haben, von der Regel des gemeinen und brandenburgischen Rechtes, wonach der Erwerb der Frau durch opera artificiales ihr gehöre, abzuweichen, daß in dem Konklusum, mit welchem die Debatten über den Erwerb der Frau aus einem besonderen Geschäfte schließen, die Meinung des Suarez im Ganzen stillschweigend gebilligt und ihr nur in Ansehung des Beweises eine Modifikation hinzugefügt sei. Allein Bornemann legt dem Schluß-Konklusum eine zu geringe Bedeutung bei. Die Ansicht von Suarez ist durch dasselbe nicht gebilligt, sondern wesentlich verworfen. Die Gesetzrevisoren haben aus dem Zusammenhange der Materialien des Landrechtes nachgewiesen, daß die Redaktoren die weitläufigen Prozesse über die Frage, was Frauengut sei, bei Auseinandersetzungen des Vermögens der Eheleute haben verhindern wollen, und deshalb in § 217 und § 218 a. a. O. bestimmt haben, daß Ersparnisse aus dem Rezeptitium nur dann der Frau verbleiben sollten, wenn sie auf den Namen der Frau geschrieben sind, sonst aber daran nicht nur die Eigenschaft des Vorbehaltenen, sondern auch das Eigenthum der Frau für verloren erachtet werden soll.[207]) Dieselbe Absicht hat offenbar bei dem Konklusum für die unmittelbar darauf folgenden Paragraphen 219 und 220 a. a. O. obgewaltet. Nach dem Landrechte gilt daher der Erwerb einer Frau aus ihrer artifiziellen Thätigkeit nur dann als ihr eigenes Vermögen, wenn er in Grundstücken und Kapitalien belegt ist, und wird als Theil des eingebrachten Vermögens betrachtet, wenn das eigene Gewerbe der Frau nicht bloß mit ihrem vorbehaltenen Vermögen betrieben oder etwas anderes ausdrücklich verabredet ist.[208])

In der Mark Brandenburg gilt dies nicht, da es eine Aenderung

---

[207]) Pensio XV. Mot. z. § 164—166. des Entwurfes. S. 149. — Bornemann: Pr. Civilrecht 5. S. 85.

[208]) Schmidt, Familienrecht S. 128. trifft hier das Richtige, geht aber zu weit, wenn er annimmt, daß der Mann auch einmal auf den Namen der Frau aus deren artifiziellen Erwerbe angelegte Kapitalien wieder einziehen und sich aneignen könne, und daß nur das der Frau verbleibe, was bei Absonderung ihres Vermögens noch wirklich auf ihren Namen geschrieben stehe.

des früheren römischen Rechtes enthält. Hier fällt nur der Erwerb, den die Frau in der Wirthschaft und in dem Geschäfte des Mannes macht, dem Manne zu. Ihr anderer Erwerb gehört ihr, und es kommt auch nicht darauf an, ob die Frau diesen mit oder ohne Genehmigung ihres Mannes erlangt hat. Glaubt der Mann, daß sie dadurch ihre Pflichten in seiner Wirthschaft und in seinem Geschäfte versäumt hat, so mag er seinen Schaden liquidiren und von ihr fordern. Der Erwerb der Frau fällt nicht ohne weiteres mit diesem zusammen, kann vielmehr größer oder kleiner sein, je nachdem die Verhältnisse liegen. — Betreibt die Frau nicht blos als Gehülfin, sondern als wirkliche Gesellschafterin des Mannes das gemeinschaftliche Geschäft mit ihm, hat sie ihn z. B. in eine ihr gehörige Handlung als Kompagnon aufgenommen, so gilt ihr Antheil an dem Geschäft als ihr besonderes Gewerbe und der Gewinn daraus wächst ihrem Vermögen zu.[209])

Eine andere Frage ist es, ob der Erwerb der Frau aus ihrem besonderen Gewerbe nach dem Provinzialrechte der Mark ihr vorbehaltenes oder ihr eingebrachtes Vermögen wird. Scholtz-Hermsdorf entscheidet sich für das Eingebrachte,[210]) allein seine Gründe sind nicht zutreffend. Schon aus der eigenen Motivirung des Suarez geht nicht undeutlich hervor, daß die Redaktoren des Landrechtes es als eine Neuerung betrachteten, daß der Erwerb der Frau aus ihrer artifiziellen Thätigkeit ein Theil ihres eingebrachten Vermögens werden solle. Scholtz-Hermsdorf beruft sich lediglich auf Kohl, der allerdings nicht sagt, solcher Erwerb werde Rezeptitium, ihn vielmehr nur für eigenes Vermögen der Frau erklärt, was sie mit ihren anderen Gütern für sich behalte. Aber Kohl versteht überhaupt unter eigenem Vermögen der Frau (extradotale) ihr vorbehaltenes, freies Vermögen im Gegensatze zur Dos, woran er dem Manne allein Rechte einräumt. Das Wort Receptitium kommt bei ihm nicht vor.[211]) Ebenso wenig spricht

---

[209]) Nec dubium, quando ombo conjuges communem negotiationem pariter exercent, quin uxori non minus quam viro lucrum inde quaeratur, nam uxorem cum viro societatem inire et habere posse constat. Kohl: Declaratio accur. Qu. VII. Nr. 31. S. 183. — Bornemann: Preuß. Civilrecht V. S. 83.

[210]) v. Scholtz-Hermsdorf: Provinzialrecht II. 2. S. 33. (Ausg. v. 1834.)

[211]) Si constet, uxorem industria, laborove suo (puta negotiando vel artificium quoddam exercendo) quaedam durante conjugio acquisivisse, retinebit ea cum caeteris bonis suis. Kohl: Decl. accur. Qu. VII. Nr. 25. S. 181

das Erkenntniß des Kammergerichts vom 6. August 1755, welches Scholtz-Hermsdorf anführt, für seine Ansicht, denn in demselben wird nicht darüber geurtheilt, ob dergleichen Erwerb der Frau Rezeptitium oder dotal sei, sondern nur, ob er der Frau oder dem Manne zukomme.[212]) Es erscheint als die einfachste Konsequenz, daß der Mann keinen Anspruch auf dergleichen Erwerb der Frau hat, weil er außerhalb der Befugnisse entsteht, die dem Manne gegen seine Frau zustehen, er sogar Ersatz des Schadens verlangen kann, den die Frau dadurch in seiner Wirthschaft verursacht. Der Grundsatz, daß dem Manne der Nießbrauch an dem ganzen Vermögen der Frau zusteht, ändert hieran nichts. Er ist durch die Idee bedingt, daß das Vermögen der Frau die Stelle der Dos vertritt und zur Erhaltung der gemeinsamen Wirthschaft heranzuziehen ist. Er trifft nicht zu, wenn die Frau ihre Pflichten gegen die gemeinsame Wirthschaft erfüllt und außerdem einen eigenen Erwerb hat. Die Stände der Mark hatten daher durchaus Recht, als sie bei den Verhandlungen über die Abfassung eines Provinzial-Gesetzbuches die Aufnahme einer Bestimmung verlangten, wonach in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte alles, was die Frau durch ihre Geschicklichkeit außer der Wirthschaft und dem Gewerbe ihres Mannes erwerbe oder erspare, zu ihrem vorbehaltenen Vermögen gerechnet werde.[213]) In der Praxis wird hiernach stets verfahren, denn Wäscherinnen, Nähterinnen, Fabrikarbeiterinnen, Sängerinnen u. s. w. erhalten ihren Lohn stets ausgezahlt, ohne daß deren Ehemänner zur Quittung zugezogen würden, und es hat sich nicht eine einzige Klage ermitteln lassen, worin die Männer nochmalige Zahlung gefordert hätten, weil sie bei der Zahlung oder Quittungsleistung nicht zugezogen seien.

Eine Aenderung tritt hierin aber ein, wenn die Frau selbst ihren Erwerb aus einer artifiziellen Thätigkeit dem Manne übergiebt oder in der gemeinsamen Wirthschaft verwendet.

---

[212]) Erkennen für Recht, daß die Klägerin mit ihrem Gesuche wegen des von ihrem Manne erkauften Hauses abzuweisen, der Klägerin aber unbenommen bleibt, ihr Vorgeben, daß sie nicht nur bei Ankauf des Hauses die zum Angelde bezahlten 300 Thlr., sondern auch die darin verwandten Baukosten, ingleichen sämmtliche während der Ehe acquirirte Mobilien ex separato negotio der Nätherei ohne des Mannes Zuthun angeschaffet, darzuthun. Steyer-Hoffmann'sche Dissertation: Supplement XIII. S. 170.

[213]) Scholtz-Hermsdorf: II. 2. S. 33. (Ausgabe von 1834.)

Kohl sagt hierüber: Wenn solcher Erwerb nicht mehr vorhanden ist, so ist zu präsumiren, daß er in dem gemeinsamen Nutzen beider Eheleute verbraucht ist, und der Mann muß nur das, um was er reicher geworden ist, restituiren.[214]) Es ist dies ganz zutreffend, denn aus der Pflicht der Frau, ihre Thätigkeit in erster Reihe der gemeinsamen Wirthschaft zu widmen, folgt, daß sie allen Erwerb, den sie auf diese verwendet hat, niemals erstattet verlangen kann. Im Uebrigen kommt es darauf an, was unter den Eheleuten bei Ablieferung des Geldes an den Mann verabredet ist. Giebt die Frau ihren Erwerb dem Manne ohne Vorbehalt, so ist anzunehmen, daß er ihn zu dem Zwecke der Verwendung in der gemeinsamen Wirthschaft erhalten hat, und sie kann ihn niemals zurückfordern, soweit der Mann nicht etwa bei Auflösung der Ehe dadurch noch reicher ist. Macht sie bei der Hingabe den Vorbehalt, daß er ihr erhalten bleibe, so gilt er als Illatum, welches ihrem ganzen eingebrachten Vermögen zuwächst und zurückgefordert werden kann, wenn dieses selbst zu restituiren ist. Bedingt sie sich aus, daß sie das Geld jederzeit wieder verlangen könne, so bleibt es ihr vorbehaltenes Vermögen, welches dem Manne nur als Darlehen oder Depositum, wie nun das Nähere verabredet ist, übergeben ist und von der Frau auch in stehender Ehe zurückgefordert werden kann.

## XVII. Erwerb der Frau durch Glücksfall.

Nach dem allgemeinen Landrechte wird der Gewinn, welchen eine Frau durch einen Glücksfall, z. B. in der Lotterie macht, Eingebrachtes der Frau, und zwar auch dann, wenn sie das Geld zum Einsatze aus den ihr von dem Ehemanne zur Bestreitung der Wirthschafskosten gegebenen Geldern entnommen hat.[215]) Das Tribunal hat so erkannt und alle Rechtslehrer sind hierüber einig, indem sie in diesem Falle dem Manne nur das Recht beilegen, Erstattung des Einsatzgeldes für sich zu fordern.

In der Mark gilt dies ebenfalls, da es mit dem römischen Rechte

[214]) Si non existent sed erogati sint, videtur praesumendum, in communem utriusque conjugis usum consumtos esse; eoque non erunt restituendi. At si maritus esset inde locupletior factus, restituere debebit, quatenus est factus locupletior. Kohl: Decl. accur. Qu. VII. Nr. 24. S. 181.

[215]) A. L. R. II. Tit. 1. § 212.

übereinstimmt.[216]) Fraglich ist nur, ob der Gewinn vorbehaltenes Vermögen der Frau wird, wenn sie den Einsatz aus ihrem vorbehaltenen Vermögen entnommen hat. Nach dem Landrechte ist dies wohl zu verneinen, da die Bestimmung, daß Glücksgewinn der Frau dem Eingebrachten hinzutrete, ganz absolut hingestellt ist, die Gesetzrevisoren auch aus den Materialien des Landrechtes festgestellt haben, daß die Redaktoren die Spielsucht der Frauen haben einschränken wollen und nach ihrer Absicht der Gewinn der Frau in der Lotterie, auch wenn sie den Einsatz aus dem Vorbehaltenen entnommen habe, Eingebrachtes sein solle.[217]) Dem römischen Rechte ist eine Spielsucht der Frauen und eine Absicht, sie zu beschränken, ganz unbekannt. Es kommt hier vielmehr der Grundsatz zur Geltung, daß das Rezeptitium der Frau außerhalb der Rechtssphäre des Mannes steht, und Gewinn und Verlust desselben ihn nicht berührt. Da dies nicht kontrovers ist, muß als bestehendes Provinzialrecht der Mark angesehen werden, daß Glücksgewinn der Frau aus einem Einsatze, den sie aus ihrem vorbehaltenen Vermögen entnommen hat, ihr vorbehaltenes Vermögen wird.

## XVIII. Sicherheit der Frau wegen ihres eingebrachten Vermögens.

Das allgemeine Landrecht und die ältere in der Gerichtsordnung enthaltene Konkursordnung hat in Betreff der Sicherheit, welche der Frau wegen ihres Eingebrachten gewährt wird, ziemlich genau an das römische Recht sich angeschlossen. Im römischen Rechte ging man von dem Grundsatze aus, daß die Substanz der Dos möglichst den Frauen erhalten bleiben müsse und sie deshalb mit Privilegien auszustatten seien.[218]) Unter Justinian gelangte dieser Punkt aber erst zum Abschlusse, und zwar bot sich ihm dazu in erster Reihe die Hypothek im Sinne des römischen Rechtes dar, weil das ganze Recht der Frau an der Dos lediglich in einer Rückforderungsklage bestand und zum Schutze eines Klageanspruches eben nur eine Hypothek möglich war. Sodann schrieb er den Grundsatz vor, daß an vorhandenen Stücken der Dos

[216]) Erk. des Ober-Tribunals vom 7. Dezember 1809 in Simons R. B. I. S. 303. — Holzschuher: Theorie und Praxis. Th. II. Kap. III. § 56. Nr. 10. Ausgabe von 1863. I. S. 599.

[217]) Gesetzrev. Pens. XV. Mot. zu § 160—162 des Entw. S. 147.

[218]) Reipublicae interest, mulieres dotes suas salvas habere. Lex. 2. D. De jure dot. (23. 3.) und Dotis causa perpetua est. Lex. 1. D. eod.

die Frau als Eigenthümerin betrachtet werden solle, wenn der Fall der Rückforderung ihrer Dos eintrete. Er privilegirte die Frauen also in zwiefacher Richtung.

Erstens gab er ihnen ein unmittelbares Recht an der Dos selbst, wonach sie alle Stücke derselben, welche zu der Zeit, wenn die Rückforderung gestattet war, noch in Natur bei dem Manne vorhanden waren, als ihr Eigenthum vindiciren konnten, und wonach dann alle Hypotheken oder Pfandrechte, welche der Mann während der Ehe darauf gelegt hatte, erloschen.[219]) Dieses Recht hat die Frau nach dem allgemeinen Landrechte und nach dem Provinzial-Rechte noch gegenwärtig, da ihr Eigenthum an den Illaten, abgesehen von den baaren Geldern und fungibeln Sachen, die zum Eingebrachten gehören, nach beiden Rechten niemals aufhört. Die Frau kann also die vorhandenen Stücke vindiciren. Sind es Mobilien, so fällt die Bestimmung von selbst fort, daß alle Hypotheken daran erlöschen sollen, weil es in der Mark überhaupt keine Hypotheken an Mobilien giebt. Hat der Mann die Mobilien der Frau zu Faustpfand versetzt, so kann die Frau dagegen sie einlösen und den Pfandschilling gegen ihren Mann liquidiren, wenn sie nicht vorzieht, den Werth der zu Faustpfand weggegebenen Mobilien von dem Manne zu fordern, indem sie ihm überläßt, ob er den Werth erstatten oder durch Einlösung und Rückgabe der Pfandstücke sich davon befreien will. Hat der Faustpfandgläubiger gewußt, daß die ihm verpfändeten Mobilien nicht Eigenthum des Mannes seien, vielmehr zum eingebrachten Vermögen der Frau gehörten, so muß er sie nach unserer oben ausgeführten und auf das römische Recht gestützten Ansicht der Frau ohne Lösung herausgeben und kann sich wegen seines Schadens nur an den Mann halten. Sind es Immobilien, so braucht die Frau nur die Hypotheken anzuerkennen, welche sie freiwillig oder durch rechtskräftiges Erkenntniß gezwungen genehmigt hat.

Zweitens hat Justinian der Frau wegen ihrer Dos eine Hypothek im gesammten Vermögen des Mannes verliehen, welche allen anderen Hypotheken vorgeht und ihr namentlich ein Vorzugsrecht im Konkurse ihres Mannes gewährt.[220]) Privilegirte Hypothek und bevorzugte Klasse im Konkurse berührten sich eng im römischen Rechte, da die Hypothek sich auf die Mobilien und das ganze Vermögen des Ehe-

---

[219]) Lex. 30. C. De jure dot. (5. 12.)
[220]) Lex. 12. Cod. Qui potior in pignore (8. 18.)

mannes erstreckte, also grade bei der Vertheilung seines gesammten Vermögens unter die Gläubiger zur Geltung kam. Das allgemeine Landrecht hat zwar diese Prinzipien des römischen Rechtes im Ganzen adoptirt, sie aber insoweit doch wesentlich geändert, als sein besonderes Hypothekenrecht dies nothwendig machte.[221]) Von der Stellung der Frau im Konkurse des Mannes, die sie jetzt nach der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 einnimmt, soll in einem anderen Zusammenhange gehandelt werden. Da das allgemeine Landrecht und das Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke keine Hypothek an Mobilien und an einem gesammten Vermögen kennen und für jede Hypothek an Grundstücken eine spezielle Eintragung im Grundbuche vorschreiben, ist die Einschränkung eingetreten, daß die Hypothek der Frau wegen ihres Eingebrachten nur für Grundstücke des Mannes gilt und bei diesen auch nur dann eine rechtliche Berücksichtigung findet, wenn sie im Grundbuche eingetragen ist. Die Vorschrift des römischen Rechtes ist daher jetzt zu einem bloßen Titel zu einer Hypothek für die Frau geworden und hat im Landrechte die Form angenommen, daß die Frau, wenn der Mann Grundstücke besitzt, auch ohne seine Einwilligung die ihr wegen ihres Eingebrachten zukommenden Rechte im Grundbuche vermerken lassen kann.[222]) Dazu tritt die Bestimmung des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855, daß ihr diese Befugniß nur innerhalb eines Jahres nach dem Beginne der Verwaltung des Mannes von ihrem Vermögen oder, wenn er die Grundstücke erst nach dem Beginne der maritalischen Verwaltung erwirbt, nur binnen Jahresfrist seit dem Erwerbe der Grundstücke zusteht.[223]) In der Mark Brandenburg gilt dies auch, da es eine nothwendige Konsequenz des landrechtlichen Hypothekenrechtes und der Gesetze vom 8. Mai 1855 und 5. Mai 1872 ist und diese für die Mark nicht suspendirt sind. Es entstehen hierdurch aber zwei neue Bedenken.

Es fragt sich, ob der Grundbuchrichter die Rechte der Frau eintragen muß, wenn sie eine spezielle Genehmigung ihres Mannes hierzu und eine Urkunde, worin der Mann die Höhe der Illaten anerkennt,

---

[221]) Schmidt: Familienrecht. § 30. (S. 196.)

[222]) A. L. R. II. 1. § 254.

[223]) Gesetz vom 8. Mai 1855. Art. XII.

nicht vorzulegen vermag. Nach dem Gesetze vom 5. Mai 1872, betreffend den Erwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken, ist dies zu verneinen, obgleich die Worte des Landrechtes dem anscheinend entgegenstehen, denn nach demselben erfolgen ohne Ausnahme alle Eintragungen von Hypotheken, Grundschulden, Kautionen und Vormerkungen für Privatpersonen nur dann im Grundbuche, wenn der Eigenthümer sie speziell bewilligt oder der Prozeßrichter darum requirirt, oder der Eigenthümer rechtskräftig dazu verurtheilt ist.[234]) Das Recht der Frau beschränkt sich also darauf, daß sie in der oben angegebenen Frist von einem Jahre ihren Mann, wenn er nicht freiwillig eine Hypothek für sie eintragen lassen will, im Wege des Prozesses dazu zwingen kann, und daß der Grundbuchrichter die Eintragung für sie erst ausführen darf, wenn der Mann seine Einwilligung dazu in gehöriger Form gegeben hat, oder wenn er rechtskräftig dazu verurtheilt ist, es sei denn, daß der Prozeßrichter eine Vormerkung schon früher verlangt.

Eine andere Frage ist die, ob eine zur Sicherheit der Frau wegen ihrer Illaten eingetragene Hypothek oder Kaution erlischt, oder ob der Mann einen Löschungskonsens über sie von der Frau verlangen kann, wenn er sein Grundstück, auf welchem eine Kaution zur Sicherheit des eingebrachten Vermögens der Frau eingetragen steht, in stehender Ehe verkauft. Nach dem römischen Rechte würde dies zu bejahen sein, weil die Frau nach diesem nur eine Universal-Hypothek an dem ganzen Vermögen des Mannes hat und diese ihn bis zum Momente der Liquidation nicht hindert, einzelne Stücke daraus zu veräußern. Für die Mark gilt es aber nicht, da grade durch den Verkauf des Grundstückes die Sicherheit, welche die Frau bei Beginn der maritalischen Verwaltung fand, gefährdet wird und das ganze Recht der Hypothek ihr nur zu dem Zwecke gegeben ist, damit die einmal vorhandene Sicherheit wegen ihrer Illaten durch spätere Handlungen des Mannes nicht geschmälert werde.

Endlich kann die Frau nach dem allgemeinen Landrechte Kaution für ihre Illaten von ihrem Manne, wenn er keine Grundstücke besitzt oder die oben erwähnte Frist des einen Jahres abgelaufen ist, noch in dem Falle verlangen, daß sich Umstände ereignen, welche die wahrscheinliche

[234]) Gesetz vom 5. Mai 1872. § 8. 19. u. 24.

Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes begründen. [225]) In der Mark gilt dies auch, da es nur als eine spezielle Anwendung der allgemeinen Grundsätze von den Arresten erscheint. [226])

## XIX. Schulden der Frau.

Die Bestellung einer Dos für eine Frau schließt nach dem römischen Rechte nicht eine Universal-Succession an den Ehemann in sich. Auch wenn ein Inbegriff von Sachen, ja, wenn das ganze Vermögen der Frau zur Dos bestellt wird, erhält der Mann nur Rechte an den Gegenständen und Forderungen, woraus sie sich zusammensetzen, ohne daß die rechtliche Persönlichkeit der Frau erlischt und auf ihn übertragen wird. Hat die Frau bei Eingehung der Ehe Schulden, so gehen diese auf den Mann für dessen Person nicht über. Dagegen können die Gläubiger der Frau gegen diese nach wie vor Eingehung der Ehe klagen und wegen ihrer Befriedigung auch ihr zur Dos bestelltes Vermögen in Anspruch nehmen, denn dieses darf sie ihnen nicht entziehen. [227]) Es gilt daher noch jetzt in der Mark, daß wegen aller Schulden der Frau, welche sie vor der Ehe gemacht hat, ihr ganzes in die maritalische Verwaltung des Mannes gelangtes Vermögen haftet und die Substanz desselben von den Gläubigern deshalb in Anspruch genommen werden kann, ohne daß der Mann interveniren und die Erhaltung seines Nießbrauches daran verlangen dürfte. Die Lage der Gläubiger wird durch die Verheirathung ihrer Schuldnerin nicht verändert. Besitzt die Frau kontraktlich vorbehaltenes Vermögen, so kann der Mann, wenn ihm Illatenstücke wegen solcher vor der Ehe entstandenen Schulden der Frau entzogen werden, die Frau anhalten, daß sie diese aus dem vorbehaltenen Vermögen ersetze, die Gläubiger aber kann er nicht zunächst an dieses

[225]) A. L. R. II. 1. § 255.

[226]) Schmidt: Familienrecht. S. 198.

[227]) Mulier bona sua omnia in dotem dedit: quaero an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit, eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri ejus non posse, sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno. Lex. 72. D. De jure dot. (XXIII. 3.) — Holzschuher: I. S. 621. — Glück: § 1230. XXV. S. 12.

Vermögen verweisen, vielmehr haben diese die Wahl, an welche Stücke sie sich halten wollen.[228])

Schulden, welche die Frau während der Ehe ohne Zuziehung ihres Mannes macht, berühren den Mann nicht. Da sein Konsens zur Gültigkeit dieser Obligationen nicht erforderlich ist, sind sie Handlungen, welche unter dritten Personen abgeschlossen werden und daher an seinen bestehenden Rechten nichts ändern. Sie geschehen unbeschadet seiner maritalischen Rechte der Verwaltung und des Nießbrauches am eingebrachten Vermögen der Frau.[229]) Die Gläubiger der Frau, deren Ansprüche erst während der Ehe entstanden sind, können dagegen das vorbehaltene Vermögen der Frau sofort zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, und der Mann hat kein Recht, hiergegen Einspruch zu erheben. Sie müssen aber den Nachweis führen, daß es wirklich Stücke des vorbehaltenen Vermögens der Frau sind, in welche sie die Vollstreckung des Zwangsverfahrens verlangen, denn eine Vermuthung für Receptitium der Frau giebt es nicht. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß Ehefrauen in der Mark das Recht der künftigen Rückgewähr ihres Eingebrachten (rei uxoriae actio) jeder Zeit ohne Zuziehung ihrer Männer an dritte Personen cediren, und ebenso Grundstücke und Kapitalien, welche zu ihrem eingebrachten Vermögen gehören, mit der Wirkung veräußern können, daß die maritalischen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte ihrer Männer zwar gewahrt bleiben, die veräußerten Objekte aber nach Beendigung des Rechtes der Ehemänner Eigenthum der Kontrahenten ohne diese Belastung werden. Es steht daher auch nichts entgegen, daß die Gläubiger einer Frau wegen deren Schulden, welche sie während der Ehe ohne Zuziehung ihres Mannes gemacht hat, zu ihrer Sicherheit schon während der Ehe einen Arrest bei den eingebrachten Grundstücken und Kapitalien der Frau dahin eintragen lassen können, daß sie ihnen wegen ihrer Ansprüche für den Fall der Beendigung des maritalischen Nießbrauchs- und Verwaltungsrechtes des Mannes verhaftet sind.

Es besteht also ein prinzipieller Unterschied, je nachdem die Schuld

---

[228]) Das Landrecht stimmt in diesem Punkte mit dem Provinzialrechte überein. Schmidt: Familienrecht. S. 143.

[229]) Gutachten des Tribunals vom 9. Januar 1781 und Hofreskripte vom 21. Januar und 11. März 1781. Stengel: Beiträge. II. S. 65.

der Frau vor oder nach Eingehung der Ehe entstanden ist. Dagegen ist es unerheblich, zu welcher Zeit der Frau ihr eingebrachtes Vermögen zugefallen ist, namentlich ob sie es erst nach Entstehung der Schuld in stehender Ehe durch Erbgang, Geschenk u. s. w. erhalten hat. Mit dem Augenblicke, in welchem es der Frau während der Ehe zufällt, erlangt es die Eigenschaft des Illaten-Vermögens und beginnen die Rechte des Mannes daran. Wegen Schulden der Frau, welche sie während der Ehe ohne Zuziehung des Mannes eingegangen ist, kann auch solches Illaten-Vermögen der Frau, welches ihr erst später durch Erbgang, Geschenk, Legat u. s. w. zufällt, nur wie ihre älteren Illaten in Anspruch genommen werden. Andererseits können wegen ihrer Schulden, die bereits vor Eingehung der Ehe bestanden, auch diejenigen Illaten von den Gläubigern zu ihrer Befriedigung herangezogen werden, welche ihr erst während der Ehe anfallen, denn es kann grade mit Rücksicht auf diesen Anfall der Kredit bewilligt sein, und der Mann muß gestatten, daß alles aus den Illaten gedeckt wird, was die Frau vor Eingehung der Ehe schuldig geworden ist.

Ob die Schulden der Frau durch Kontrakte oder durch Delikte der Frau entstanden sind, ist gleichgültig, denn die Dos haftet nicht besonders für die Delikte der Frau. Dagegen scheidet eine andere Art von Verbindlichkeiten aus.

Das allgemeine Landrecht macht von der Regel, daß der Ehemann für Schulden seiner Frau nicht hafte, folgende vier Ausnahmen, in welchen der Mann durch die Frau persönlich verpflichtet wird: 1. wenn die Frau zu gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften oder Nothdurften Waaren oder Sachen auf Borg nimmt; 2. wenn sie Sachen oder Gelder erborgt und zum gemeinschaftlichen Besten beider Eheleute nützlich verwendet; 3. wenn ihr ein Theil des Gewerbes des Mannes überlassen ist und sie in Abwesenheit des Mannes zum Betriebe dieses Gewerbes Schulden macht, mag weder die Verwendung geschehen, noch der gehoffte Nutzen eingetreten sein; 4. wenn der Mann sich entfernt, ohne wegen des Unterhaltes seiner Familie oder wegen des Betriebes seines Gewerbes hinreichende Verfügungen zu treffen, oder wenn er durch Krankheit außer Stand gesetzt wird, wegen Unterhaltung der Hauswirthschaft oder zum Betriebe seines Gewerbes die erforderlichen Anordnungen zu treffen, und die Frau zu diesem Zwecke nothwendige Schulden macht. [230]) In allen diesen Fällen kann der Kontrahent der

[230]) A. L. R. II. 1. §§ 321. 324–327.

Frau direkt an den Mann sich halten und von ihm und aus seinem Vermögen Befriedigung verlangen. Er muß aber beweisen, daß alle Voraussetzungen vorliegen. In den Fällen zu 1, 2 und 3 darf der Mann dem Dritten, welcher der Frau den Kredit gegeben hat, nicht den Einwand entgegensetzen, daß er der Frau hinreichende Gelder zur Besorgung der betreffenden Angelegenheit gewährt habe. Er hat deshalb nur einen Regreß an seine Frau.[231]) Im vierten Falle dagegen muß der Gläubiger, welcher mit der Frau das Geschäft abgeschlossen hat, den Nachweis führen, daß die Frau ohne hinreichende Mittel vom Manne gelassen war, doch wird man ihm auch bei Geschäftsschulden den Beweis freilassen müssen, daß das in Rede stehende einzelne Geschäft nach der Art des Gewerbes des Mannes auf Kredit abgeschlossen werden konnte. — Zweifelhaft ist es, ob der dritte Kontrahent in den angegebenen vier Fällen sich auch an die Frau halten kann, so daß er die Wahl hat, ob er sie oder den Mann in Anspruch nehmen will. Nach dem preußischen Landrechte ist dies zu verneinen, weil hier die allgemeine Regel nicht zu beseitigen ist, daß alle ohne spezielle Bewilligung des Mannes gemachten Schulden der Frau in Ansehung ihrer Illaten und ihrer Person nichtig sind, und der Fall nicht vorliegt, daß sie ihr vorbehaltenes Vermögen habe belasten wollen.[232])

Im brandenburgischen Provinzialrechte gelangt man ebenfalls dahin, daß der Mann für die eingegangenen Verbindlichkeiten seiner Frau in den oben erwähnten vier Fällen haften muß, da hier als Grundsatz gilt, daß der Mann die Kosten des Haushaltes und eines standesgemäßen Lebens seiner Frau ohne Ausnahme tragen muß und daß die Frau eine vermuthete Vollmacht in allen seinen Angelegenheiten hat.[233]) Es fallen hier unzweifelhaft auch Schulden für standesgemäße Bekleidung, welche die Frau macht, unter den Begriff der Nothdurften, für welche der Mann persönlich haftet. Daneben bleibt aber das Prinzip im Provinzialrechte stehen, daß die Frau handlungsfähig ist und ohne Konsens ihres Mannes sich gültig verpflichten kann.[234]) Es kommt deshalb in der Mark bei der

[231]) A. L. R. II. 1. § 322.

[232]) Schmidt: Familienrecht. S. 157. — Bornemann: V. § 323. S. 108.

[233]) Quando uxor absente marito pro familia sustentanda frumentum vel pecunia mutuo sumit; maritus id pro suo debito agnoscere tenetur, quum ipsius sit, uxorem et familiam sustentare. Kohl: Declar. accur. Qu. 5. Nr. 13. (S. 170.)

[234]) Holzschuher: Th. II. Kap. II. § 56. Nr. 12. (Ausgabe 1863. S. 601.)

Frage, ob die Frau mitverpflichtet ist, darauf an, was die Frau bei Kontrahirung der Schulden verabredet hat. Hat sie ausdrücklich hervorgehoben, daß sie nur im Namen ihres Mannes handle, oder muß bei Gewerbe- oder Geschäftsangelegenheiten des Mannes angenommen werden, daß der dritte Kontrahent wußte, es handle sich nur um eine Angelegenheit des Mannes, so kann er auch nur an diesen sich halten. Hat die Frau dagegen in eigenem Namen gehandelt, so hat er die Wahl, ob er an sie oder an den Mann sich halten will, und der Frau bleibt nur überlassen, sich mit ihrem Manne auseinanderzusetzen respektive sich an ihn zu regressiren, wenn sie in solchen Fällen in Anspruch genommen wird. Auch kann sie auf Befreiung von der Schuld gegen ihren Mann klagen, wenn sie deshalb von ihrem Kontrahenten belangt wird. In der Praxis der brandenburgischen Gerichte wird hiernach verfahren, und es gereicht dies den Frauen nicht zum Nachtheile, denn wie soll eine Frau, deren mittelloser Mann flüchtig geworden ist oder sie sonst verlassen hat, den nothwendigen Kredit finden, wenn sie grade für die unentbehrlichsten Dinge den Dritten auf ihren abwesenden Mann verweisen muß und mit ihrer eigenen Person nicht eintreten kann. Das Provinzialrecht weicht also in diesem Punkte von dem allgemeinen Landrechte ab.

Die Vorschrift des allgemeinen Landrechtes, daß der Mann mit seiner Person und seinem Vermögen den Gläubigern seiner Frau für solche Schulden der letzteren verhaftet sei, in welche er eingewilligt hat, [235]) ist in der Mark Brandenburg vor der Publikation des Landrechtes unbekannt gewesen. [236]). Sie fällt auch aus dem übrigen Systeme des Landrechtes heraus und muß als eine ganz singuläre Bestimmung desselben aufgefaßt werden, denn wenn im Landrechte der Grundsatz, daß Frauen ohne Einwilligung des Mannes sich nicht verpflichten können, einfach verfolgt wäre, so würde dem Konsens des Mannes nur die Bedeutung haben beigelegt werden können, daß durch ihn die Verpflichtung der Frau hergestellt, aber eine eigene Schuld des Mannes nicht begründet werde. Bornemann [237]) und Scholtz-Hermsdorf [238]) haben daher mit Recht ausgeführt, daß diese ganze

[235]) A. L. R. II. 1. § 329.

[236]) Bornemann: V. § 323. S. 109.

[237]) Bornemann: V. § 324. S. 110.

[238]) Scholtz-Hermsdorf: II. S. 46.

Vorschrift in der Mark nicht gilt. Nach dem brandenburgischen Provinzialrechte hat die Einwilligung des Mannes zu einer von der Fau kontrahirten Schuld nur die Wirkung, daß er später bei einer Zwangsvollstreckung nicht den Einwand machen kann, die dafür in Beschlag genommenen Gegenstände seiner Frau gehörten zu deren Illaten und dürften seinem Nießbrauche und seiner Verwaltung nicht entzogen werden. Sie enthält nur einen Verzicht des Mannes auf seine Rechte an dem Vermögen der Frau in Betreff der genehmigten Schuld, ohne weiter eine Verpflichtung für die Person und das eigene Vermögen des Mannes zu begründen.

In Betreff der Handelsfrauen kommt in der Mark das deutsche Handelsgesetzbuch unverändert zur Anwendung.[239]) Es kann daher auch in der Mark keine Frau ohne Einwilligung ihres Mannes Handelsfrau im vollen Sinne des Gesetzes werden. Dagegen gilt jetzt auch in der Mark, daß es als Einwilligung des Mannes anzusehen ist, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch desselben Handel treibt, und daß für Handelsschulden einer solchen Handelsfrau ihr ganzes eingebrachtes Vermögen ohne Rücksicht auf die Rechte des Mannes verhaftet ist. Beginnt die Frau gewerbsmäßig Handelsgeschäfte zu treiben und sich als Handelsfrau zu etabliren, und erhebt ihr Mann hiergegen Einspruch, so hat dies in der Mark nicht die Wirkung, daß ihre deshalb unternommenen Geschäfte und Verpflichtungen ungültig oder nichtig werden, oder daß sie gezwungen wird, ihr Unternehmen wieder aufzugeben. Der Einspruch des Mannes hat nur die Wirkung, daß die Handelsschulden der Frau nur ihr vorbehaltenes Vermögen, wozu aber aller Erwerb aus dem Geschäfte der Frau gehört, ohne Einschränkung berühren, daß die Rechte des Mannes auf Nießbrauch und Verwaltung an den Illaten der Frau gewahrt bleiben daß die Handelsgläubiger der Frau an die Illaten sich nur halten können, wenn die Rechte des Mannes aus anderen Gründen fortfallen, und daß der Mann Schadenersatz von der Frau verlangen kann, wenn sie durch Besorgung ihres Handelsgeschäftes die Dienste und Hülfsleistungen versäumt, welche sie in seiner Wirthschaft und in seinem Geschäfte zu verrichten hat.[240])

---

[239]) Artikel 7. 8. u. 9.

[240]) Vergl. oben Abschnitt IV. von der Handlungsfähigkeit der Frauen.

## XX. Rechte der Frau im Konkurse über das Vermögen des Mannes.

In Betreff der Rechte der Ehefrau im Konkurse über das Vermögen ihres Mannes kommen jetzt die Bestimmungen der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 zur Anwendung, da diese auch in der Mark Gesetzeskraft hat. Als Grundsatz gilt nach ihr, daß die Ehefrau im Konkurse ihres Mannes ihr Vermögen zurückverlangen darf, und zwar auf einem dreifachen Wege: als Vindikantin, oder als Pfandgläubigerin, oder als Liquidantin.

I. Als ihr Eigenthum darf die Ehefrau des Gemeinschuldners folgende Gegenstände und Rechte mit der Wirkung, daß sie in Natur aus der Konkursmasse ihr übergeben oder überlassen werden, in Anspruch nehmen:

1. Die beweglichen und unbeweglichen Sachen, einschließlich der ausstehenden Forderungen und der auf den Inhaber lautenden Papiere, welche sie schon vor Eingehung der Ehe eigenthümlich besaß, oder während der Ehe durch gültige Schenkung eines Dritten, durch Erbschaft oder durch Glücksfälle oder mit ihrem vorbehaltenen Vermögen erworben hat;

2. die beweglichen und unbeweglichen Sachen einschließlich der ausstehenden Forderungen und der auf den Inhaber lautenden Papiere, welche an die Stelle der vorstehend gedachten dadurch getreten sind, daß sie von der Ehefrau entweder unmittelbar gegen dieselben eingetauscht oder mit Geldern erworben worden sind, welche aus der Veräußerung oder Einziehung derselben herrühren. Ein Gleiches gilt bei weiteren Veräußerungen und Erwerbungen dieser Art;

3. die der Ehefrau von dem Gemeinschuldner während der Ehe zugewendeten, zu ihrem persönlichen Gebrauche bestimmten Betten, Kleidungsstücke und Leibwäsche. Andere Stücke, wenn sie auch nach ihrer Beschaffenheit zum ausschließlichen Gebrauche der Frau bestimmt sind, werden nicht mehr zu ihrem gesetzlich vorbehaltenen Vermögen gerechnet, sobald der Konkurs über das Vermögen des Mannes eröffnet ist. Es kommt bei ihnen dann nur noch in Betracht, ob sie zu den oben unter Nr. 1 erwähnten Sachen gehören, oder ob sie von dem Manne, respektive von dessen Geldern während der Ehe angeschafft worden sind. Nur im ersten Falle verbleiben sie der Frau, im letztern gehören sie zur Konkursmasse.[241])

[241]) Konkursordnung vom 5. Mai 1855. § 88.

Handelt es sich zu Nr. 1 um vertragsmäßig vorbehaltenes Vermögen, so gilt es nur dann als solches, wenn der Vertrag entweder vor Eingehung der Ehe, oder falls er Gegenstände betrifft, welche die Ehefrau während der Ehe durch gültige Schenkung, Erbschaft oder Glücksfall erworben hat, innerhalb eines Jahres seit deren Erwerbung geschlossen worden ist. Sonst wird das vertragsmäßig vorbehaltene Vermögen nur als Illatum behandelt.[242]) Erwerb der Frau aus ihrer artifiziellen Thätigkeit (Kunstfertigkeit oder eigenem Gewerbe) gilt nicht als vertragsmäßig vorbehaltenes Vermögen, wenn der Mann auch seine Erlaubniß zu dem Gewerbe der Frau gegeben hat, sondern ist als gesetzlich vorbehaltenes Vermögen zu betrachten, da die Frau zum Beginne des Gewerbes nicht der Genehmigung ihres Mannes bedarf. Hat sie zu der Einrichtung des eigenen Geschäftes Kapitalien von dem Manne erhalten, so muß sie diese zur Konkursmasse herausgeben, wenn sie nicht beweist, daß sie nach den Regeln der obigen Vorschriften zu ihren Illaten gehört haben.

Dabei muß die Frau bei allen Punkten die Beweislast tragen. Auch Sachen und Forderungen, welche von der Ehefrau des Gemeinschuldners erworben oder auf den Namen derselben geschrieben worden sind, gehören gleichwohl zur Konkursmasse, sofern nicht das Eigenthum der Ehefrau nach Maßgabe der oben zu 1—3 angegebenen Bestimmungen erwiesen wird. Die Ueberweisung solcher Sachen und Forderungen an die Konkursmasse erfolgt auf den Antrag des Verwalters durch Beschluß des Konkursgerichts, nachdem der Antrag vier Wochen vorher der Ehefrau zur Erklärung mitgetheilt worden ist. Ist von der Ehefrau nicht rechtzeitig Widerspruch erhoben worden, oder ist der von ihr erhobene Anspruch rechtskräftig verworfen, so können die Sachen und Forderungen für Rechnung der Konkursmasse veräußert und eingezogen werden. Die nothwendige Subhastation der Grundstücke muß auf den Antrag des Verwalters der Masse auch dann stattfinden, wenn der Besitztitel in dem Hypothekenbuche auf den Namen der Ehefrau eingetragen steht. Erfolgt die Veräußerung oder Einziehung deshalb, weil die Ehefrau sich nicht innerhalb der vierwöchentlichen Frist erklärt hat, so geht sie dadurch allein ihres etwaigen Rechtes auf den Erlös nicht verlustig.[243])

An Immobilien und Forderungen, welche im Hypothekenbuche auf

242) A. a. O. § 89.

243) A. a. O. § 90.

den Namen des Gemeinschuldners eingetragen sind oder auf dessen Namen ausstehen, kann ein Eigenthumsanspruch der Frau gegenüber den Konkursgläubigern des Mannes nicht geltend gemacht werden, sei es auch, daß die Frau die Immobilien und Forderungen mit ihrem Vermögen von einem Dritten oder von ihrem Manne für sich erworben hat. [244])

Das dem Nießbrauche des Gemeinschuldners unterworfene Vermögen seiner Frau wird, so lange das Nießbrauchsrecht des Gemeinschuldners während des Konkurses dauert, für Rechnung der Konkursmasse verwaltet. Die Nutzungen fließen zur Konkursmasse, soweit sie nicht zum standesmäßigen Unterhalte der Frau und der Kinder, sowie zur Erziehung der letzteren verwendet werden müssen. [245]) Diese Bestimmung bezieht sich zunächst nur auf Sachen, die Früchte oder Revenuen abwerfen, aber nicht auf Gegenstände, welche lediglich zum Gebrauche in der gemeinsamen Wirthschaft der Eheleute bestimmt sind. Möbel, Hausgeräthschaften, Silberzeug, Glas- und Porzellansachen, Wäsche, Gemälde, Kunstgegenstände, Uhren, Equipagen und dergleichen mehr, welche zu den Illaten der Frau gehören, kann die Frau sofort aus der Konkursmasse in Natur heraus verlangen. Die Gläubigerschaft darf sie nicht benutzen oder vermiethen. Ebenso verhält es sich mit einem Hause oder einem Garten der Frau, welcher bisher nicht vermiethet oder verpachtet, sondern von den Eheleuten und ihren in ihrer Wirthschaft lebenden Kindern allein bewohnt und benutzt worden ist. In Betreff der Gegenstände, welche nach ihrer Natur Früchte und Revenuen abwerfen, hat die Gläubigerschaft des Mannes die Wahl, ob sie dieselben in eigene Verwaltung nehmen und der Frau dafür ausreichende Mittel zum standesgemäßen Unterhalt für sich und die Kinder und zur Erziehung der letzteren geben, oder ob sie die Verwaltung der Frau überlassen will. Der Frau steht eine solche Wahl nicht zu. Haben die Gläubiger, die der Verwalter der Masse in dieser Beziehung vertritt, die Fortführung der Verwaltung der Illaten auf ihre Rechnung gewählt, und findet zwischen der Frau und der Gläubigerschaft eine Einigung über das, was sie dafür an Unterhalt und Erziehungskosten für sich und ihre Kinder erhalten soll, nicht statt, so kann sie nur auf Gewährung des Satzes, welchen sie als angemessen verlangt, in einem besonderen Prozesse Klage erheben. Ihr Anspruch

[244]) A. a. O. 89.

[245]) A. a. O. § 93.

ist eine Massenschuld, welche allen Konkursschulden vorgeht. In anderer Beziehung wird das Recht der Gläubiger dadurch begrenzt, daß das Nießbrauchsrecht des Mannes nach dem in der Mark gültigen römischen Rechte mit der Eröffnung des Konkurses erlischt,[246]) daß also im Allgemeinen eine Fortdauer seines Nießbrauchsrechtes während des Konkurses nicht stattfindet. Die ganze Bestimmung über die Fortführung der Verwaltung der Illaten durch die Gläubigerschaft findet daher nur auf solche fruchttragenden und Revenuen abwerfenden Gegenstände Anwendung, bei denen ein sofortiger Wechsel der Verwaltung unmöglich oder mit großen Weitläufigkeiten und Verlusten für die Gläubigerschaft verbunden ist, z. B. bei ländlichen Grundstücken innerhalb des Wirthschaftsjahres, bei Häusern, die vermiethet sind, innerhalb des Quartals oder der sonstigen Miethsperiode, bei Brennereien und Siedereien innerhalb der Brenn- oder Siede-Kampagne. Kurz, das ganze Recht der Gläubiger des Mannes, die Verwaltung der Illaten der Frau auf eigene Rechnung fortzuführen, bezieht sich nur auf solche Fälle, in welchen nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen ein beendetes Nießbrauchsrecht nicht die sofortige Rückgabe der belasteten Sache an den Eigenthümer bedingt, und dauert auch nur so lange, als nach den Regeln vom Nießbrauche ein Nießbraucher trotz der Beendigung seines Rechtes die Wirthschaft noch fortführen kann.

II. Als Pfandgläubigerin kann die Frau im Konkurse des Mannes auftreten, wenn ihr zu ihrer Sicherheit für ihr eingebrachtes Vermögen innerhalb der Abschnitt XVIII erwähnten Frist von einem Jahre eine Hypothek auf den Grundstücken ihres Mannes eingetragen worden ist.[247]) Diese Hypothek müssen die Konkursgläubiger des Mannes sich gefallen lassen, mögen ihre Ansprüche auch älter sein als die Eintragung der Hypothek und die Illaten des Vermögens der Frau, es sei denn, daß die Bestellung der Hypothek erst seit dem Tage der Zahlungseinstellung, der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit, des Antrages auf Konkurseröffnung oder innerhalb der nächstvorhergehenden zehn Tage erfolgt ist.[248]) Dagegen verliert die Hypothek ihre Wirkung und kann von den Gläubigern des Mannes

[246]) Lex. 29. Cod. De jure dot. V. 12. und Nov. 97. cap. 6.

[247]) Einführungsgesetz vom 5. Mai 1855. Art. XII.

[248]) Konk.-Ord. vom 5. Mai 1855. § 101.

angefochten werden, wenn die Frist des einen Jahres nach Art. XII des Einführungsgesetzes vom 5. Mai 1855 versäumt ist;[249]) auch können die Gläubiger die Höhe der in dem Grundbuche eingetragenen Illaten bestreiten und die Frau muß dann beweisen, daß ihr eingebrachtes Vermögen wirklich die angegebene Höhe erreicht hat. Dabei sind Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, welche der Gemeinschuldner seiner Ehefrau gegenüber vor oder nach geschlossener Ehe, ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere im Kontumazial-Verfahren abgegeben hat, unerheblich, sofern nicht ihre Richtigkeit anderweit nachgewiesen wird.[250])

Sonst kann die Frau als Pfandgläubigerin im Konkurse ihres Mannes nur noch konkurriren, wenn sie aus ihrem vorbehaltenen Vermögen ihrem Manne Darlehen gegeben hat oder aus diesem Vermögen auf andere Weise eine Forderung an ihn erworben hat, und hierfür Pfand oder Hypothek bestellt ist. Die verschärfte Beweislast, wie sie oben erwähnt ist, trifft aber auch hier die Frau, so daß Anerkenntnisse des Mannes im weitesten Sinne nichts gegen die Gläubiger beweisen.[251])

III. Soweit die Frau des Gemeinschuldners nicht mittelst des Rückforderungsrechtes oder Pfandrechtes befriedigt wird, steht derselben wegen ihres in die Verwaltung des Mannes gekommenen Vermögens ein Anspruch als Konkursgläubigerin zu. Die Ansetzung dieses Anspruches erfolgt zwischen den privilegirten Konkursgläubigern und den gemeinen Konkursgläubigern in Klasse VIII, nur haben die Ehefrauen von Handelsleuten, Schiffsrhedern und Fabrikbesitzern gar kein Vorzugsrecht.[252])

Dabei ist streitig, wie es gehalten werden muß, wenn der Mann während der Ehe seinen Stand als Handelsmann, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer mit dem eines Privatmannes oder andern Geschäftsmannes gewechselt hat. Es kann als entscheidend angesehen werden 1. die Zeit der Eingehung der Ehe, 2. die Zeit der Einbringung des Vermögens der Frau, 3. die Zeit der Zahlungseinstellung des Mannes, respektive der Konkurseröffnung über sein Vermögen und 4. der Umstand, daß der Mann zu irgend einer Zeit während der

---

249) A. a. O. § 103. Nr. 4.

250) A. a. O. § 103. Nr. 5.

251) A. a. O. § 89. Absatz 2. u. § 103. Nr. 5.

252) A. a. O. §§ 80. u. 91. Einführungsgesetz. Art. XIV.

Dauer der Ehe ein Handelsmann, Schiffsrheder oder Fabrikbesitzer gewesen ist. Das Richtige ist aber, daß lediglich darauf zu rücksichtigen ist, welches Geschäft der Ehemann zur Zeit der Zahlungseinstellung resp. Konkurseröffnung betrieben hat. Wollte man als entscheidend betrachten, ob der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe Handelsmann u. s. w. gewesen sei, um der Frau ihr Privilegium der bevorzugten Klasse Nr. VIII abzusprechen, so müßte man dem mindestens die Einschränkung beifügen, daß alle Illaten der Frau, welche erst eingebracht sind, nachdem der Mann sein kaufmännisches Geschäft aufgegeben hat, anders behandelt würden, denn es würde hierin ein Anspruch liegen, der entstanden ist, als der Mann nicht mehr Kaufmann u. s. w. war, der also als kaufmännische Schuld niemals angesehen werden könnte. Eine solche Theilung der Liquidation der Frau ist der Konkursordnung fremd und hätte ausdrücklich im Gesetze vorgeschrieben werden müssen, wenn sie beabsichtigt worden wäre. Das Gesetz spricht auch einfach von Frauen der Handelsleute, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer. Unter Frauen von Handelsleuten u. s. w. sind aber nicht solche Frauen zu verstehen, deren Männer früher einmal, sei es bei Eingehung der Ehe, sei es während der Dauer der Ehe, Handelsmann u. s. w. gewesen sind. — Auf die Zeit der Einbringung der Illaten kann nicht gerücksichtigt werden, weil mit der Einbringung der Dos noch nicht ein vollkommenes Recht auf Rückforderung derselben gegeben ist, ein solches vielmehr erst dadurch begründet wird, daß der Mann in Konkurs verfällt. Eingehung der Ehe und Einbringung des Vermögens sind zwar die Voraussetzungen des Anspruches der Frau, aber die Existenz desselben tritt erst ein, sobald der Mann in Konkurs verfällt und sie die Befugniß der Rückforderung erhält. Es kann nur auf die Umstände Gewicht gelegt werden, welche zu der Zeit obwalten, wo das Recht der Rückforderung entsteht, und das ist die Zeit der Zahlungseinstellung bei dem kaufmännischen Konkurse und der Konkurseröffnung bei dem gemeinen Konkurse. Eine Frau, die einen Privatmann heirathet, hat allerdings kein Mittel, ihn an Etablirung eines kaufmännischen Geschäftes zu hindern, allein dies rechtfertigt noch nicht den Schluß, daß ihr Recht auf die bevorzugte Klasse ihr für immer gewährt werde. Wie es der Frau des Handelsmanns u. s. w. zu Gute kommt, wenn ihr Mann erst in Konkurs verfällt, nachdem er sein kaufmännisches Geschäft aufgegeben hat, so muß jene es ertragen, wenn ihr Mann den Beruf

eines Handelsmannes u. s. w. erwählt und nun in Konkurs verfällt. Ihr Recht auf Rückforderung der Illaten kann nicht anders beurtheilt werden, als nach der Zeit, zu der es existent und perfekt wird.

Wenn die Ehefrau eines Gemeinschuldners während der Ehe Zahlungen für ihn geleistet hat, so gilt die Vermuthung, daß dieselben aus dem Vermögen des Gemeinschuldners geleistet sind. Will die Frau wegen dieser Zahlungen einen Anspruch erheben, so muß sie den Beweis führen, daß diese Zahlungen wirklich aus ihrem Vermögen geleistet worden sind, und hierbei treffen sie die schon oben erwähnten verschärften Beweisregeln. [253])

Hat eine Ehefrau aus ihrem vorbehaltenen Vermögen dem Manne etwas übergeben oder aus ihm einen andern Anspruch gegen ihren Mann erworben, so kann sie dafür niemals die privilegirte Klasse Nr. VIII fordern, es sei denn ausdrücklich verabredet, daß die gegebenen Stücke oder Summen als Illaten und Zuwachs der Dos betrachtet werden sollten, denn das Privilegium der Frauen auf die Klasse Nr. VIII bezieht sich nur auf dasjenige, was als Dotal-Vermögen anzusehen ist und als solches in der Verwaltung des Mannes sich befindet. [254])

Die Bestimmung des allgemeinen Landrechtes, daß eine Frau ihr Vorrecht im Konkurse verliert und allen anderen Gläubigern des Mannes nachgeht, wenn sie den Mann zu einer verschwenderischen Lebensart verleitet, oder in seiner Abwesenheit sein Vermögen übel verwaltet und dadurch zu seinem Verfalle Anlaß gegeben hat, [255]) ist durch die Konkursordnung von 1855 beseitigt. Sie ist zwar in dieser nicht ausdrücklich aufgehoben; da aber die Konkursordnung die gesammten Rechte der Frau im Konkurse über das Vermögen des Mannes regelt, sie also gegenwärtig Sitz dieser Materie ist und die Konkursordnung die Bestimmung des Landrechtes nicht wiederholt hat, muß sie als beseitigt betrachtet werden. In der Mark Brandenburg hat sie auch niemals gegolten, da sie dem römischen Rechte unbekannt ist.

Ueber dasjenige, was die Frau aus dem Konkurse des Mannes rettet, was sie also als Vindikantin, als Pfandgläubigerin oder als Liquidantin aus der Konkursmasse bekommt, erhält sie die freie Ver-

---

[253]) A. a. O. § 92. u. § 103. Nr. 5.

[254]) A. a. O. § 80. und A. L. R. II. 1. § 271.

[255]) A. L. R. II. 1. §§ 274 u. 275.

Verfügung, Verwaltung und Nutzung.[256]) Ebenso verhält es sich mit Vermögensstücken, die ihr nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes zufallen und die zu ihrem eingebrachten Vermögen gehören würden, wenn der Konkurs des Mannes nicht stattgefunden hätte, denn der Vermögensverfall des Mannes hat ein für alle Mal die Wirkung, daß sein Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht an dem Vermögen der Frau aufhört. Das allgemeine Landrecht fügt aber die Einschränkung hinzu, daß aus den Einkünften des geretteten Vermögens der nöthige Unterhalt des Mannes nebst der Verpflegung und Erziehung der mit ihm erzeugten Kinder besorgt werde, und daß die Verwaltung der Frau in diesem Falle eben den Einschränkungen von Seiten des Mannes unterworfen sei, welche sonst von der Verwaltung des Mannes von Seiten der Frau stattfindet.[257]) Im römischen Rechte liegt die Sache ebenso, nachdem Justinian bestimmt hat, daß die Frau während des Lebens des Mannes und des Bestehens der Ehe alles, was sie von der Dos aus dem Konkurse des Mannes erhalten hat, nicht veräußern, vielmehr nur zu ihrem, ihres Mannes und ihrer Kinder Unterhalt benutzen dürfe.[258]) Es stimmt also Landrecht und Provinzialrecht hierin überein.

Das Recht des Mannes, die Verwaltung der Frau bei dem geretteten Vermögen zu kontroliren, ist ein persönliches Recht desselben. Wenn der Fall eintritt, daß seine Konkurrenz bei einer Rechtshandlung seiner Frau nothwendig wird, so wird er nicht von der Gläubigerschaft seines Konkurses oder dem Verwalter seiner Konkursmasse vertreten, mag auch der Konkurs noch anhängig sein. Er muß auch während des Koncurses persönlich seine Genehmigung zu allen Rechtsgeschäften der Frau geben, in denen sie nicht allein handeln darf.

---

[256]) A. L. R. II. 1. § 261.

[257]) A. L. R. II. 1. §§ 262 u. 263.

[258]) Ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti filiorumque, si quos habet, abutatur. Lex 29. C. De jure dot. V. 12. und Nov. 97. cap. 6. pr..

# XVII.

# Kontroversen des Reichsverfassungsrechtes.

Von Herrn Dr. Max Seydel in München.

## I.

### Das Reichseisenbahnamt und die Reichsverfassung.

Das Gesetz vom 27. Juni 1873 verfügt in seinem ersten Paragraphen, daß unter dem Namen „Reichs-Eisenbahn-Amt“ eine ständige Reichscentralbehörde eingerichtet werden solle.

In § 4 des angeführten Gesetzes ist sodann weiter gesagt:

„Das Reichs-Eisenbahn-Amt hat innerhalb der durch die Verfassung bestimmten Zuständigkeit des Reiches:

1) das Aufsichtsrecht über das Eisenbahnwesen wahrzunehmen;
2) für die Ausführung der in der Reichsverfassung enthaltenen Bestimmungen sowie der sonstigen auf das Eisenbahnwesen bezüglichen Gesetze und verfassungsmäßigen Vorschriften Sorge zu tragen;
3) auf Abstellung der in Hinsicht auf das Eisenbahnwesen hervortretenden Mängel und Mißstände hinzuwirken.

Dasselbe ist berechtigt, innerhalb seiner Zuständigkeit über alle Einrichtungen und Maßregeln von den Eisenbahnverwaltungen Auskunft zu erfordern oder nach Befinden durch persönliche Kenntnißnahme sich zu unterrichten und hiernach das Erforderliche zu veranlassen.“

Es erhebt sich diesen Bestimmungen gegenüber die Frage, ob in der That das Gesetz vom 27. Juni 1873 nur als Verfassungsausführungsgesetz oder ob es nicht vielmehr als Verfassungsänderungsgesetz zu betrachten sei.

Im Reichstage 1873 wurden hierüber lebhafte Erörterungen gepflogen.

Die Ansicht, daß der Elben'sche Gesetzentwurf eine Verfassungsänderung in sich schließe, fand von Seite des Abgeordneten Windthorst-Meppen ihre Vertretung.

Der genannte Abgeordnete äußerte (Sten. Ber. S. 1125):

„Ich finde in der Konstituirung des Reichseisenbahnamtes,

zumal in seiner dunkeln Stellung zum Bundesrathe, zunächst eine Verfassungsänderung in der Richtung, daß ich glaube, es werden wesentliche Beziehungen und Rechte des Bundesrathes kassirt zu Gunsten dieses neuen Amtes.

Ich finde die Verfassungsänderung zweitens darin, daß das Maß der Rechte, welche in der Verfassung dem Reiche in Beziehung auf die Eisenbahnen gegeben sind, erweitert wird.

Ich finde die Verfassungsänderung schließlich darin, daß für die Rechte, welche das Reich nach der Verfassung hat, eine Exekution direkt vom Reiche aus geschaffen wird, welche bisher nur auf Gesuch der Einzelstaaten herbeigeführt werden konnte."

Die erste dieser Behauptungen begründete Windthorst in der Folge noch näher (Sten. Ber. S. 1137):

„Im Allgemeinen wäre auch ohne jegliche positive Bestimmung der Verfassung es unzweifelhaft, daß diejenigen Befugnisse, welche das Reich nach der Verfassung in Beziehung auf das Eisenbahnwesen hat, von dem Bundesrathe wahrzunehmen wären; denn der Bundesrath ist diejenige Behörde, welche generell die Verwaltung der Reichsangelegenheiten wahrzunehmen hat, und der Reichskanzler steht mit ihr in organischem Zusammenhang, steht mitten in derselben . . .

Es fehlt aber in der Verfassung auch nicht an den positiven Bestimmungen für diese Befugnisse des Bundesrathes.

Ich würde eine solche positive Bestimmung zunächst in der Bestimmung der Verfassung (Art. 8 Ziff. 5) finden, welche ausdrücklich einen Ausschuß für Eisenbahnwesen aufstellt. Was hätte der zu thun, wenn er nicht die Rechte wahrzunehmen hätte, die das Reich in Beziehung auf das Eisenbahnwesen hat?

Ich beziehe mich sodann auf den Artikel 7 sub 3 der Verfassung, welcher ganz unzweifelhaft dem Bundesrathe diejenige Befugniß zuweist, welche das Reich in Beziehung auf das Eisenbahnwesen hat.

Ich beziehe mich endlich auf den Art. 76 sub Alinea 1, wonach bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen Bundesstaaten der Bundesrath zu entscheiden hat. Wenn zwischen Württemberg und Baden z. B. über die Staatseisenbahnverhältnisse Streit wäre, so würde auf Grund des Alinea 1 des Art. 76 der Bundesrath diejenige Behörde sein, welche die Sache in Ordnung

zu bringen hätte. Alle durch diese Bestimmungen getragenen Befugnisse des Bundesrathes, die in der Natur der Sache auch von selbst gegeben gewesen wären, sollen jetzt auf das neue Eisenbahnamt übertragen werden. Das ist eine wesentliche Veränderung der Verfassung."

Dem gegenüber stellte der Abgeordnete Miquél (Sten. Ber. S. 1126) den Satz auf:

„Alle Rechte des Bundesrathes in Bezug auf das Eisenbahnwesen, welche vor diesem Gesetze bestanden, werden nach demselben bestehen. . . . Alle diese Befugnisse, welche wir hier dem Reichseisenbahnamte übertragen, sind solche, die bis dahin der Reichskanzler, nicht der Bundesrath hatte, und die Befugnisse, welche dem Bundesrathe vorher zustanden, bleiben ihm pro futuro."

Prüft man beide Ansichten unbefangen, so wird man zum Ergebnisse gelangen, daß Windthorst in der Hauptsache Recht hat, wogegen Miquél für seine Behauptungen den Beweis schuldig geblieben ist.

Die Meinung allerdings, daß auch Art. 76 der Reichsverfassung durch das Gesetz über das Reichseisenbahnamt eine Abänderung erleide, läßt sich bei dem Mangel jedes Anzeichens für eine solche gesetzgeberische Absicht kaum rechtfertigen; dagegen scheinen die übrigen, von Windthorst für seine erste Behauptung beigebrachten Gründe stichhaltig zu sein.

Wie ich in meinem Kommentare zur Verfassungsurkunde für das deutsche Reich in den Erläuterungen zu Artikel 4 der Reichsverfassung unter II (S. 57), womit die Anmerkungen zu Artikel 7 u. 17 (S. 101 und 124) zu vergleichen sind, nachgewiesen zu haben glaube, ist nach der Verfassung die Thätigkeit des Kaisers und des Bundesrathes bezüglich der Oberaufsicht in der Weise getheilt, daß ersterem die bloße Kontrole im engeren Sinne, letzterem die Beschlußfassung über die vom Kaiser wahrgenommenen Mängel zusteht.

Wenn nun das Gesetz vom 27. Juni 1873 eine dem Reichskanzler und somit dem Bundespräsidium untergebene Behörde schafft und dieser beide Funktionen, Kontrole und Beschlußfassung, zuweist, so liegt darin zweifellos eine Verfassungsänderung.

Dem wäre selbst dann so, wenn, wie Miquél behauptet, das Gesetz aber nicht entnehmen läßt, das Beschlußfassungsrecht des Bundesrathes nach Art. 7 der Reichsverfassung ungeschmälert fortbestünde;

denn nach der Verfassung ist der Bundesrath regelmäßig allein und ausschließlich zur Entscheidung über wahrgenommene Mängel befugt. Nur dann wäre keine Verfassungsänderung gegeben, wenn die vom Kaiser ernannte und dem Reichskanzler unterstellte Behörde blos zur Kontrole und nicht zur Beschlußfassung berufen wäre.

Der zweite Einwand Windthorst's ist unbegründet: eine sachliche Zuständigkeitserweiterung für das Reich enthält das Gesetz vom 27. Juni 1873 nicht. Denn § 4 desselben beschränkt die Befugnisse des Reichseisenbahnamtes ausdrücklich auf die Grenzen der verfassungsmäßigen Zuständigkeit des Reiches. Durch diese Klausel ist zugleich auch das bayerische Sonderrecht in Bezug auf das Eisenbahnwesen gewahrt. (Vgl. die auf Anfrage des Abgeordneten Mayer erfolgte ausdrückliche Erklärung des bayerischen Bundesraths-Bevollmächtigten, Staatsministers Dr. von Fäustle, Sten. Ber. S. 893 u. 894.)

Wiederum berechtigt ist Windthorst's dritter Einwand, eine Verfassungsänderung sei darin enthalten, daß dem Reiche eine Exekutive aus sich heraus und mit Umgehung der Einzelstaaten gegeben werde, eine Exekutive, die bisher nicht bestanden habe. Wenn Lasker sage, daß dies eine Ergänzung der Verfassung sei, so müsse bemerkt werden, daß jede Verfassungsergänzung eine Aenderung der Verfassung sei. (Sten. Ber. S. 1138.)

Auch hier trat Miquél als Gegner auf. Er sagte (Sten. Ber. S. 1126):

„Wenn dem Reiche eine bestimmte Befugniß in der Gesetzgebung und Verwaltung gegeben ist, wenn bestimmte Verwaltungsbefugnisse in den Artikeln 41 ff. ausdrücklich eingeräumt sind, so kann doch unmöglich eine Verfassungsänderung darin liegen, daß nun die Ausübung dieser Verwaltungsbefugnisse durch Ausführungsgesetz geordnet wird. Das nennt man im gewöhnlichen Leben ein Ausführungsgesetz, welches innerhalb der verfassungsmäßig gegebenen Kompetenz bleibt. Wenn dem Reiche ausdrücklich ein Oberaufsichtsrecht beigegeben worden ist, wenn dem Reiche die Befugniß beigelegt ist, in gewisser Weise auf die Tarife einzuwirken, und wenn nun eine Behörde konstituirt wird, durch welche das Reich diese und keine anderen Befugnisse ausübt, so ist das selbstverständlich doch keine Verfassungsänderung — darüber braucht man wenigstens unter Juristen nicht zu streiten."

Die letzte Bemerkung wäre wohl besser weggeblieben. Die Verfassungsänderung liegt eben darin, daß der Reichsbehörde das Recht unmittelbaren Befehls an die Angehörigen der einzelnen Staaten in § 5 Ziff. 1 des Gesetzes gegeben ist, während an und für sich die Vermittelung der Landesregierung in Anspruch zu nehmen wäre.

Wenn nun auch ohne Zweifel das hier besprochene Gesetz Verfassungsänderungen enthält, so ist doch jedenfalls dessen Rechtsgültigkeit unanfechtbar, da angenommen werden muß, daß es im Bundesrathe die nach Artikel 78 der Reichsverfassung erforderliche Mehrheit gefunden habe.

Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß mit vorstehenden, rein rechtlichen Erörterungen ein Urtheil über den praktischen Werth des Gesetzes vom 27. Juni 1873 nicht abgegeben werden wollte.

Auf die Reformbedürftigkeit der Zustände des deutschen Eisenbahnwesens habe ich selbst in meinem Kommentare (S. 192) hingewiesen.

## II.

## Die Erklärung des Kriegszustandes nach Art. 68 der Reichsverfassung.

Artikel 68 der Reichsverfassung schreibt dem Kaiser das Recht, den Kriegszustand innerhalb des Bundesgebietes zu erkären, für den Fall zu, daß die öffentliche Sicherheit bedroht ist.

Diese Bestimmung kann zu einem doppelten Zweifel Anlaß geben.

Einmal nämlich kann man ungewiß sein, ob das bezeichnete Präsidialrecht dem Kaiser nur zu militärischen Zwecken zugestanden werden wollte, oder ob dieses Recht auch dann Platz greift, wenn es sich um innere Unruhen in den einzelnen Bundesstaaten handelt, welche das militärische Interesse nicht berühren.

Man kann sodann weiter fragen, ob neben dem Rechte des Kaisers zur Verhängung des Belagerungszustandes ein gleiches Recht der übrigen Verbündeten innerhalb ihrer Staaten fortbestehe.

In beiden Richtungen giebt uns die Entstehungsgeschichte des Artikels keine Aufschlüsse an die Hand, und wir sind daher lediglich auf die Auslegung angewiesen.

Was vor Allem den ersterwähnten Punkt anlangt, so ließe sich hier für eine einschränkende Erklärung, wie schon Mohl (Reichsstaatsrecht S. 86) angedeutet hat, vornehmlich geltend machen, daß Art. 68 unter

dem Abschnitte XI, „Reichskriegswesen," stehe und daß überdies in dem entsprechenden Artikel der norddeutschen Bundesverfassung, sowie in Ziffer VI des bayerischen Bündnißvertrages das in Rede stehende Recht als Recht nicht, wie sonst der Ausdruck lautet, des Bundespräsidiums, sondern des Bundesfeldherrn bezeichnet werde. Es könnte ferner hervorgehoben werden, daß die Herstellung der innern Ruhe in den einzelnen Bundesstaaten den Landesregierungen obliege, und daß das Recht zur Verhängung des Kriegszustandes dem Kaiser nur insofern habe zugeschrieben werden wollen, als es sich um eine kriegerische Maßregel handle, da nur hier allein eine Bundeszuständigkeit gegeben sei.

Wir halten diese Einwürfe nicht für stichhaltig.

Maßgebend muß vor Allem der Wortlaut des Art. 68 erscheinen, welcher ganz allgemein von Bedrohung der öffentlichen Sicherheit spricht, ohne zwischen dem Falle eines Krieges und dem Falle des Aufruhres einen Unterschied machen. Dazu kommt, daß Art. 68 das preußische Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 zum provisorischen Reichsgesetze erhebt, welches die Erklärung des Belagerungszustandes sowohl im Kriege als im Frieden regelt und daß man daher genöthigt ist, anzunehmen, es habe das Recht zur Verhängung des Kriegszustandes in demselben Umfange an den Kaiser übertragen werden wollen, in welchem es in diesem Gesetze (§ 1 und 2) den preußischen Militärbefehlshabern, bzw. dem preußischen Staatsministerium zugeschrieben ist.

Hiergegen beweist die Stellung des Art. 68 unter Abschnitt XI nichts, da nicht einzusehen wäre, unter welchen andern Abschnitt man diese Bestimmung hätte einreihen sollen; beweist ferner nichts der Ausdruck „Bundesfeldherr" an den oben angeführten Orten, da die Verhängung des Kriegszustandes, mag sie aus was immer für einem Grunde beschlossen werden, ihrer Wirkung nach stets militärische Maßregel ist und daher vom Feldherrn des Bundes auszugehen hat.

Hiermit ist auch schon dem letzten der angegebenen Einwände begegnet. Denn wenngleich es allerdings richtig ist, daß die Sorge für die innere Ordnung in den Bundesstaaten zunächst nicht Sache des Reiches sei, so kann doch jenes energische Mittel zur Bekämpfung des Aufruhres, da die Berechtigung zu dessen Anwendung ein Ausfluß des militärischen Oberbefehles ist, nicht vom Landesherrn, sondern nur von dem in Vollzug gesetzt werden, in dessen Händen das Feldherrnamt im Kriege und im Frieden ruht, vom Kaiser.

---

Daraus ergiebt sich zugleich die Antwort auf die zweite der oben aufgeworfenen Fragen: das Recht des Kaisers, den Belagerungszustand zu verhängen, ist ein ausschließliches, es steht den übrigen Bundesfürsten nicht zu.

Für das Königreich Bayern hat Artikel 68 der Reichsverfassung, zufolge der Bestimmungen des Bündnißvertrages vom 23. November 1870, einstweilen keine Geltung.

Ziffer VI des genannten Vertrages besagt ferner:

> „Die Voraussetzungen, unter welchen wegen Bedrohung der öffentlichen Sicherheit das Bundesgebiet oder ein Theil desselben durch den Bundesfeldherrn in Kriegszustand erklärt werden kann, die Form der Verkündigung und die Wirkungen einer solchen Erklärung werden durch ein Bundesgesetz geregelt.“

Mit dem Erlasse eines Reichsgesetzes über diesen Gegenstand hört also das bayerische Sonderrecht auf. Doch wird, da verfassungsmäßig dem Kaiser der Oberbefehl über die bayerischen Truppen nur im Kriege zusteht, das Recht des Bundesfeldherrn, über bayerische Gebietstheile den Belagerungszustand zu verhängen, auf Friedenszeiten nicht ausgedehnt werden können.

## III.

## Artikel 78 Absatz 2 und die Stimmrechte im Bundesrathe nach Artikel 6 der Reichsverfassung.

In seinen Studien zum deutschen Staatsrechte (Erste Studie. Leipzig 1873. S. 201 ff.) vertritt Hänel mit großem Scharfsinne die Ansicht, daß die den einzelnen Bundesstaaten durch Artikel 6 der Reichsverfassung zugesicherten Stimmrechte im Bundesrathe nicht unter dem Schutze des Artikels 78 Abs. 2 der Verfassung stehen.

Hänel begründet seine Ansicht in dreifacher Weise:

Einmal aus dem Wortlaute des Artikels 78 Abs. 2, da dort von Rechten einzelner Bundesstaaten, nicht von Rechten der einzelnen Bundesstaaten die Rede sei;

sodann aus dem Zwecke, welchen ein derartiger Schutz der Stimmrechte nothwendiger Weise haben müßte. Denn nicht die absoluten Ziffern der Stimmen, wie sie Artikel 6 festsetze, hätten einen politischen Werth, sondern nur die Verhältnißmäßigkeit, in welcher die Stimmzahl des einzelnen Staates zur Gesammtzahl der Stimmen und zur

Stimmzahl jedes andern Staates stehe. Folgerichtig müßte, die Anwendbarkeit des Art. 78 Abs. 2 auf die Vorschriften des Art. 6 vorausgesetzt, jede Aenderung der Stimmenzahl eines einzelnen Staates an das Erforderniß der Stimmeneinhelligkeit geknüpft werden.

Hänel beruft sich endlich für seine Meinung auf zwei Präzedenzfälle. Sowohl der Vertrag zwischen dem Nordbunde und den süddeutschen Staaten über die Fortdauer des Zoll- und Handelsvereins vom 8. Juli 1867, als auch der württembergische und bayerische Verfassungsvertrag vom 23. und 25. November 1870, welche tief eingreifende Aenderungen im Stimmenverhältnisse des Bundesrathes bewirkten, seien nur durch die Mehrheit dieser Versammlung und nicht mit Stimmeneinhelligkeit angenommen worden.

Ich habe in meinem Kommentare zur deutschen Reichsverfassung (S. 99) die Ansicht ausgesprochen, daß die Vertheilung der Stimmen im Bundesrathe zweifellos zu den durch Art. 78 Abs. 2 getroffenen Vorschriften der Verfassung zu rechnen sei. Diese Meinung glaube ich auch gegenüber den Einwendungen Hänel's festhalten zu sollen.

Der anscheinend schwerwiegendste Beweisgrund Hänel's ist der aus dem Wortlaute hergeleitete. Es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß, wenn man durch Art. 78 Abs. 2 nicht nur die zurückbehaltenen Rechte und die durch die Verfassung verliehenen Rechte einzelner Bundesstaaten, sondern auch ganz allgemein die individualisirten Rechte aller Bundesstaaten schützen wollte, der sprachlich richtige Ausdruck war zu sagen: „bestimmte Rechte der einzelnen Bundesstaaten." Allein es ist noch zu erwägen, ob die durch Artikel 6 gegebenen Stimmrechte nicht als bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten sich auffassen lassen.

Der allgemeine Satz, daß der Bundesrath aus den Vertretern der Mitglieder des Bundes bestehe, begründet selbstverständlich individuelle Rechte der Verbündeten überhaupt nicht. Erst dadurch, daß im Vollzuge dieses Satzes den einzelnen Staaten eine gewisse Stimmenzahl zugeschrieben wird, entstehen individualisirte Rechte. Und zwar liegt das individuelle Moment nicht darin, daß der betreffende Staat überhaupt ein Stimmrecht im Bundesrathe hat, sondern darin, daß er gerade diese, besonders festgesetzte Zahl von Stimmen führt. Die in solcher Weise bemessenen Stimmrechte sind in der That bestimmte Rechte einzelner Staaten, d. h. Rechte, welche nicht allen Staaten nach gleichmäßiger Regel zustehen, sondern jedem Staate besonders und ausdrücklich zugeschrieben sind.

Den Gegensatz zu den bestimmten Rechten einzelner Staaten bilden nicht die individuellen Rechte der einzelnen Staaten, sondern die individuellen Rechte aller einzelnen Staaten, d. h. diejenigen, welche allen Staaten gleichmäßig zustehen.

Hänel faßt den Ausdruck des Artikels 78 Abs. 2 gleichbedeutend als wenn es hieße: Vorschriften der Verfassung, durch welche bestimmte Rechte eines einzelnen Bundesstaates in dessen Verhältniß zur Gesammtheit festgestellt sind, können nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden.

Es erhellt dies aus dem, was er a. a. O. S. 203 sagt:

> „Die Anwendung des Alinea 2 auf Artikel 6 würde lauten: Diejenigen Vorschriften der Verfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Staaten in Rücksicht auf die Stimmenzahl im Bundesrathe festgestellt sind u. s. w. Diese Anwendung aber würde nur den Gedanken als berechtigt erscheinen lassen, daß diejenigen Staaten, denen eine Mehrheit von Stimmen festgestellt ist, sich hierfür auf besonders geschützte Vorschriften der Verfassung berufen könnten, — denn lediglich sie sind „einzelne".
>
> Dem gegenüber darf mit genügender Sicherheit angenommen werden, daß die norddeutsche Verfassung nicht unter Hintansetzung der Rechtsgleichheit aller die Stimmenpluralität einzelner Staaten mit einem anderen Schutze ausrüsten wollte, als die nur einfachen Stimmen."

Dieser Beweisgrund Hänel's schießt meines Erachtens über das Ziel hinaus. Denn wenn Hänel die Stimmrechte jener 17 Staaten, welche nur Eine Stimme führen, nicht als Rechte „einzelner" Staaten gelten lassen will, weil hier zwar nicht alle, aber eine Mehrzahl von Staaten das gleiche Recht besitzen, so müßte er auch z. B. dem Sonderrechte der drei Staaten Bayern, Württemberg und Baden in Bezug auf die Branntwein- und Biersteuer nach Artikel 35 Abs. 2 der Verfassung den Schutz des Artikels 78 Abs. 2 absprechen.

Das Mindeste, was hiernach erwiesen sein dürfte, ist, daß der Wortlaut der eben genannten Gesetzesbestimmung nicht zu der Auffassung Hänel's zwingt.

Es ist nunmehr der zweite Grund, welchen Hänel für seine Meinung beibringt, der Prüfung zu unterstellen.

Hier muß zuvörderst als vollkommen richtig zugegeben werden, daß der politische Werth des dem einzelnen Staate zugeschriebenen

Stimmrechtes nicht so fast in der Stimmenzahl als im Stimmenverhältnisse liegt. Allein nicht zuzugeben ist, daß dieser politische Werth auch der Inhalt des Rechtes der Staaten ist. Gegenstand des Rechtes ist lediglich die Zahl der Stimmen, nicht das, was der Inhaber damit ausrichten kann. Der politische Werth der Stimmen ist eine nach den Verhältnissen des einelnen Falles sehr veränderliche Größe, und es wird beispielsweise, wenn 13 Stimmen sich gegen eine Verfassungsänderung erklärt haben, die noch hinzutretende Eine Stimme Lippe's gerade so schwer in's Gewicht fallen, wie die entgegenstehenden 17 Stimmen Preußens. Es kann demnach nicht zugegeben werden, daß die Anwendung des Art. 78 Abs. 2 auf Art. 6 der Verfassung zu dem Erfordernisse der Einstimmigkeit für jede Veränderung der Stimmenzahl eines Bundesstaates dränge. Es erscheint vielmehr in einem solchen Falle genügend, wenn die bezeichnete Veränderung nicht 14 Stimmen und nicht das Votum des betroffenen Staates gegen sich hat. Durch dieses Erforderniß ist nicht minder das Recht des zunächst betheiligten Staates als auch das Stimmenverhältniß der übrigen Verbündeten genugsam geschützt.

Es erübrigt nun nur noch den Fall zu betrachten, wo eine Veränderung der Gesammtstimmenzahl des Bundesrathes durch den Eintritt oder das Ausscheiden eines Verbündeten bewirkt wird.

Nach meiner Ansicht, wie ich dieselbe S. 14—16 meines Kommentares entwickelt habe, ist für eine solche Erhöhung oder Verminderung der Mitgliederzahl des Bundes Einstimmigkeit der Verbündeten nöthig, da es sich um eine Veränderung der Grundlagen des Bundesvertrages (des Einganges zur Reichsverfassung) handelt; ein genügender Schutz des Stimmenverhältnisses der Bundesstaaten ist also hier schon von vornherein gegeben.

Hänel beruft sich schließlich für seine Auffassung auf den Abschluß des Zollvereinsvertrages vom 8. Juli 1867 und die Bündnißverträge vom Jahre 1870 als auf Präzedenzfälle. Wie ich glaube, nicht mit Recht. Denn entscheidend ist hier, was Hänel in Abrede stellt, der Umstand, daß jene Verträge auf Grund bereits gegebener verfassungsmäßiger Bestimmungen (des Art. 79 der norddeutschen Bundesverfassung) abgeschlossen wurden, daß also hier für den Abschluß der Weg der Verfassungsänderung bereits vorgezeichnet war.

———

Auch davon abgesehen, steht und fällt dieser Beweisgrund Hänel's mit seinem zweiten.

Betrachtet man nämlich, der hier vertretenen Auffassung sich anschließend, die Stimmenzahl als Gegenstand des Schutzes des Art. 78 Abs. 2, dann kann man folgerichtig in den von Hänel angeführten Vertragsschlüssen keine entscheidenden Präcedenzfälle erblicken, dies um so weniger, als ja ohne die Vorschrift des Artikels 79 aus einem viel weiter gehenden Grunde zur Aufnahme der süddeutschen Staaten Einstimmigkeit erforderlich gewesen wäre, aus dem Grunde nämlich, weil es sich um Eingehung eines neuen Bundesverhältnisses handelte.

Zu alledem kommt, daß Hänel einen nach meinem Dafürhalten für die Auslegung des Artikels 78 Abs. 2 sehr wesentlichen Umstand zu wenig beachtet hat, nämlich die Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung.

Wir besitzen hierüber klare und ausführliche Mittheilungen. Der k. sächsische Staatsminister, Frhr. v. Friesen, machte dieselben in der Sitzung der sächsischen zweiten Kammer vom 23. Februar 1872. (Abgedruckt in Hirth's Annalen 1872, S. 1616 ff.)

Der jetzige zweite Absatz des Artikels 78 der Verfassung erscheint zum ersten Male unter Ziff. 8 im Protokolle vom 15. Nov. 1870 (B.-G.-Bl. S. 650). Es wurde hier

„zu Artikel 78 der Verfassung allseitig als selbstverständlich angesehen, daß diejenigen Vorschriften der Verfassung, durch welche bestimmte Rechte einzelner Bundesstaaten in dem Verhältniß zur Gesammtheit festgestellt sind, nur mit Zustimmung des berechtigten Bundesstaates abgeändert werden können."

Ueber die Geschichte der Entstehung dieser Bestimmung äußerte Frhr. v. Friesen, beifügend daß er selbst dabei mit betheiligt gewesen sei: im Jahre 1869 wären gewisse Meinungsverschiedenheiten darüber entstanden, ob die Reichsgesetzgebung überhaupt das Recht habe, Zuständigkeitserweiterungen vorzunehmen. Bei der Erörterung dieser Frage seien in Rede und Schrift Theorien hie und da aufgestellt worden, die in ihren Folgerungen offenbar zu dem Satze führen würden, daß das Recht der Reichsgesetzgebung, die Verfassung zu ändern, ohne allen Unterschied auf alle Punkte derselben, auf die Einleitung, auf die ersten Paragraphen u. s. w. sich beziehe.

„Dies mußte", erklärte Frhr. v. Friesen, „natürlich eine gewisse Beunruhigung hervorrufen, und es schien daher geeignet, bei den

Verhandlungen, die in Versailles stattfanden, auf diesen Punkt zurückzukommen. Es wurde damals, und zwar zunächst nicht von den süddeutschen Staaten, sondern von einer andern Seite her, die Idee ausgesprochen, daß es doch wünschenswerth sei, solchen Ansichten gegenüber in der Verfassung selbst gewisse ursprüngliche Rechte der einzelnen Staaten festzustellen, welche nicht durch Majoritätsbeschluß geändert werden könnten. Damals war noch nicht von der Ausdehnung die Rede, in welcher eine solche Feststellung wünschenswerth sein könnte. Darauf wurde von anderer Seite geantwortet, das sei doch eigentlich nicht nöthig, denn gewisse jura singulorum, die niemals durch Majoritätsbeschlüsse genommen werden könnten, kämen ja in allen Vereinigungen verschiedener Einzelnen zu Gemeinschaften in allen rechtlichen Verhältnissen vor, solche jura singulorum existirten daher auch in dem damaligen Norddeutschen Bunde und würden in dem künftigen Deutschen Reiche auch existiren. Es sei unnöthig, dies besonders hervorzuheben."

Friesen berichtet dann weiter, daß man sich endlich entschlossen habe, unter Umgehung der schwierigen Frage, welches im Einzelnen solche jura singulorum seien, den Begriff dieser Rechte „in einer verständlichen und klaren Fassung auszusprechen," wie dies auch geschehen sei.

Es leidet wohl keinen Zweifel, daß diese Worte des sächsischen Staatsministers nicht blos den Werth einer persönlichen Meinungsäußerung, sondern die Bedeutung einer amtlichen Erklärung über thatsächliche Vorgänge hat. Friesen wies noch ausdrücklich darauf hin, daß zur Zeit der Abfassung des Protokolles vom 15. November 1870 von den später sogenannten Reservatrechten kaum die Rede sein konnte.

Diesen amtlichen Aufschlüssen gegenüber dürfte die Ansicht Hänel's schwer haltbar sein. Es steht positiv fest, daß man einen Satz zum Ausdrucke zu bringen beabsichtigte, den man als schon im norddeutschen Bunde stillschweigend geltend annahm, daß also Ziff. 8 des angeführten Protokolles eine authentische Auslegung geben wollte. Nun ist, wie aus Hänels eigener Darstellung (S. 199—208) fast mit zwingender Nothwendigkeit sich ergiebt, schlechterdings nicht denkbar, was denn unter jura singulorum verstanden werden sollte, wenn nicht das Recht der einzelnen Staaten auf ihr staatliches Dasein und auf ihre

Vertretung im Bundesrathe. Hänel's Ansicht führt in ihrer äußersten Entwickelung dazu, daß man selbst die Möglichkeit anerkennen müßte, in den Formen des Artikels 78 Abs. 1 einem Bundesstaate sein Stimmrecht ganz zu entziehen, eine Möglichkeit, die neben dem unentziehbaren Rechte einzelner Staaten auf Sitz und Stimme in den Bundesrathsausschüssen sonderbar genug sich ausnehmen würde.

In diesem Sinne äußerte sich auch Staatsminister von Friesen:

„Vollkommen zweifellos erscheint es mir . . , daß das Recht der Existenz eines einzelnen Staates ein ganz eminentes jus singulorum im vollsten Sinne des Wortes ist, und daß im deutschen Reiche man darüber nicht durch Majoritätsabstimmungen entscheiden kann; ebenso muß ich sagen, daß Art. 6, worin es heißt, daß das Königreich Bayern 6 Stimmen, das Königreich Sachsen 4 Stimmen, Schwarzburg-Sondershausen 1 Stimme hat, auch jura singulorum feststellt, die man diesen Staaten nicht durch Majoritätsabstimmungen nehmen kann. Ich mache auch noch darauf aufmerksam, zu welchen auffallenden Konsequenzen die (gegentheilige) Auffassung . . . von der Sache führen würde. Denken Sie sich z. B., das Königreich Bayern hat gewisse Reservatrechte in Bezug auf seine Postverwaltung, in Bezug auf seine Biermalzsteuer u. s. w. Wenn die gegentheilige Ansicht . . . richtig wäre, so würden Bayern diese Rechte zwar nicht genommen werden können ohne ausdrückliche Beistimmung der bayerischen Regierung, aber sein Recht bei der Abstimmung im Bundesrathe könnte ihm ohne seine Zustimmung durch Majorität entzogen werden. Ein solches Verhältniß wäre doch nicht möglich."

Meines Erachtens sind diese Ausführungen schlagend, und ich glaube daher aus inneren und aus äußeren Gründen bei der Ansicht beharren zu sollen, daß die Stimmrechte der deutschen Bundesstaaten nach Artikel 6 der Verfassung unter den Schutz des Artikels 78 Abs. 2 gestellt werden wollten und gestellt worden sind.

---

## XVIII.

# Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung.

Besprochen von Herrn Dr. Ernst Bezold in München.

---

## II.

Der erste Entwurf war im Anfange des laufenden Jahres (geschrieben Ende Dezember 1873) dem Bundesrathe vorgelegt worden. Nachdem von demselben sodann die verbündeten Regierungen sowohl als in Folge Druckveröffentlichung das gesammte Publikum Kenntniß genommen hatte, und der Kritik eine gewisse (freilich kurze!) Zeit gegönnt worden war, beschloß der Bundesrath auf den Antrag seines Justizausschusses in der Sitzung vom 13. März 1873

„den Entwurf einer aus 11 angesehenen Juristen des deutschen Reiches zu bildenden Kommission zur Vorberathung zu überweisen“.

Die Kommissionsmitglieder wurden auch allsogleich gewählt, an ihrer Spitze der königl. preußische Präsident Dr. Friedberg (der Präsident der Kommission); der königl. preußische Geh. Ober-Justizrath und vortragende Rath im Justizministerium Dr. Förster. Unter ihnen befanden sich ferner auch Professor Staatsrath Dr. Zachariae, aus Bayern Appellationsrath Dr. Staudinger, aus Sachsen General-Staatsanwalt Dr. Schwarze.

Am 17. April trat die Kommission zusammen und hielt am 3. Juli ihre letzte, 39. Sitzung.

Dem amtlichen Geschäftsberichte zufolge sind bei diesen Berathungen und beziehungsweise drei Lesungen des Entwurfes „nicht bloß die in der Tagespresse und in der Broschürenliteratur niedergelegten Urtheile, namentlich die den Entwurf eigens behandelnden Schriften von v. Bar, Meyer und Wahlberg, sondern auch die dem Reichskanzleramt oder der Kommission selbst unmittelbar zugegangenen Gutachten in den Kreis der Erörterung gezogen worden.“

Das Gesammtergebniß ist nun in einem neuen Entwurfe und in neuen Motiven niedergelegt und bilden beide Elaborate je ein vollständig in sich abgeschlossenes Ganze, in welchem formell auf den ursprünglichen Entwurf und dessen Motive keine Rücksicht genommen erscheint. (Nur die früheren „Anlagen" blieben unberührt und können also als dritter Band, wie zu den früheren beiden ersten Bänden, so zu den neuen beiden Bänden betrachtet werden.)

Wir müssen über diese formelle Prozedur bei der Drucklegung ein paar Worte vorausschicken. Nach der Ansicht des Berichterstatters können wir Deutsche in derlei Druckeinrichtungen von den Franzosen noch Vieles lernen. Was Evidentstellung von z. B. nach und nach geänderten Gesetzestexten, insbesondere des Textes des Code d'instruction criminelle, betrifft, ist das französische Verfahren zur Uebersichtlich- und Klarstellung des Gesammttextes, unter Hervorhebung aber doch zugleich Einstellung der neuerlichen Modifikationen, gleichviel ob durch Zusatznovellen oder durch Abstriche oder Redaktions- oder einzelne Bestimmungsänderungen an der betreffenden Stelle des Gesammttextes — ein nach unserem Geschmacke geradezu musterhaftes und durchaus nachahmungswürdiges. Analog diesem Verfahren hätten wir nun auch die Einrichtung des Kommissionsentwurfes und der Kommissionsmotive gewünscht. Trotz aller uns ebenfalls ganz wohl ersichtlich gewordenen, aber nicht unüberwindlichen Schwierigkeiten hätte nach unserer Ansicht in dem neuen Entwurfe und in den neuen Motiven auf den ersten Blick ersichtlich gemacht werden sollen, was an dem früheren Entwurfe, an den früheren Motiven stehen geblieben, was geändert worden ist.

Nicht nur die Reihenfolge der Ziffern der Paragraphen, welche jetzt beinahe durchaus geändert ist, hätte sowohl in der neuen als in der alten Bezifferung sofort kenntlich gemacht werden sollen, sondern es hätten auch durch Hervorhebung der Zusätze oder Aenderungen, etwa mittelst gesperrter Drucklettern, und durch Hinweis mittelst Zeichen und Beifügung von Bemerkungen in den Anmerkungen die Weglassungen sofort veranschaulicht und das gleiche Verfahren wie vor Allem bei dem Gesetzestexte selbst, so auch in ähnlicher Weise bei den Motiven beobachtet werden sollen. Es wäre dadurch ein unschätzbarer Vortheil, unschätzbar grade gegenüber einem großen Gesetzgebungskörper, wie es der deutsche Reichstag ist, erreicht worden, nämlich Zeitersparniß bei dem Ueberblick über den ursprünglichen im Vergleich zum neuen Entwurfe. Ja, wir halten diesen Vortheil für einen so großen, daß wir

auch jetzt noch, falls es nicht etwa ohnehin schon in Aussicht genommen sein sollte, eine solche Arbeit für keineswegs überflüssig halten möchten.

Wir hätten uns natürlich für unsere Zwecke der möglichst genauen Vergleichung beider Elaborate selbst unter allen Umständen unterziehen müssen, und ein Gleiches wird auch für andere wissenschaftliche Zwecke ähnlicher Art immer unumgänglich nöthig bleiben, allein für das große Publikum überhaupt und für den Reichstag insbesondere halten wir, wie gesagt, die angedeutete Arbeit für beinahe unerläßlich. Uebrigens wird (und wir kommen damit auf einen schon in unserem ersten Berichte niedergelegten Wunsch zurück) es ohnehin vielleicht schon seitens der Reichsregierung seiner Zeit für angezeigt gehalten werden, den (endlich dem Bundesrathe vorgelegten) Organisationsentwurf und seine etwaige ähnliche kommissionelle Ueberarbeitung und Umgestaltung zu seinem betreffenden Inhalte sogleich an die betreffenden Stellen des Strafprozeßentwurfes einzureihen und aus den zwei Entwürfen einen einzigen Entwurf herzustellen. Bei dieser Gelegenheit könnte dem sich aufdrängenden Wunsche nach Uebersichtlichkeit, und zwar sowohl was Gesetzestext als was Motive betrifft, nach unserem oder einem noch besseren Vorschlage immerhin noch rechtzeitig Rechnung getragen werden.

Nicht allein die kritische Betrachtung in der Presse und vor Allem die endliche Diskussion im Reichstage würde übrigens hierdurch nach unserer festen Ueberzeugung wesentlich gewinnen, auch für die spätere Interpretation des schließlichen Gesetzes selbst würde ein dem vielbeschäftigten Richter und dem einen oder anderen Geschworenen oder Schöffen höchst willkommenes authentisches Hülfsmittel geschaffen sein.

---

Am Schlusse von Ziffer XX (neu)*) der zusammengestellten Neuerungen (siehe unsern 1. Bericht) ist wörtlich gesagt: „In Betreff

*) In den früheren Motiven (S. 8 u. 9) waren nur XVIII Neuerungen aufgezählt. Neu ist jetzt „IX. Die Voruntersuchung ist nur in denjenigen Strafsachen obligatorisch, welche zur Zuständigkeit des deutschen Reichsgerichtes gehören" und „XIX. Die Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Urtheils zu Gunsten des Verurtheilten ist in erweitertem Umfange zugelassen." Ueber die einschlägigen Entwurfsbestimmungen (§§ 148 u. 275) selbst siehe unten.

der Umwandlung des Geschwornengerichts in ein Schöffengericht wird auf die diesen Gegenstand behandelnde besondere Denkschrift Bezug genommen."

Haben wir uns schon bei der Niederlegung unserer diesbezüglichen Ansicht in unserem I. Berichte auch nicht entfernt eingebildet, daß auf unsere vereinzelte Stimme in irgend welcher Weise ein irgend entscheidendes Gewicht werde gelegt werden und bei der nicht nur prozessual-politischen, sondern politischen Natur dieser Kardinalfrage auch nur gelegt werden könne, so bescheiden wir uns natürlich, jetzt lediglich auf jene ohnehin eher zu weitläufigen als zu kurzen Bemerkungen zurückzuverweisen. Auch in der an allerwärts gepflogenen Erörterungen reichen Zwischenzeit ist unsere Ueberzeugung in keiner Weise und in keinerlei Richtung irgend wie erschüttert worden.

Auch sonst werden wir uns größtmöglicher Kürze befleißigen.

Im Allgemeinen müssen wir anerkennend hervorheben, daß unter Beibehaltung der Grundlagen und des Systemes des ursprünglichen Entwurfes nach unserer Ansicht im Allgemeinen lediglich Verbesserungen, und zwar einige von wesentlicher Bedeutung erzielt worden sind.

Um unsererseits einige Uebersichtlichkeit anzubahnen, schicken wir voraus, daß zunächst in den Ueberschriften, aber auch in der Fassung der Bestimmungen sachgemäße Kürzungen und beziehungsweise zusammenziehende oder besser aneinander reihende Aenderungen und sonstige Redaktionsverbesserungen, u. a. auch insbesondere Weglassungen von mehr reglementären und disciplinären Bestimmungen eingetreten sind. Wir bezeichnen als davon betroffene Paragraphen die §§ 28, 32 (alt 33), 33 (alt 34), 51 (alt 52), 53 (alt 54), 69, 78 (alt 77), 85 (alt 84), 88 ffg., 91 (alt 97), 99 (alt 98), 136 (alt 133), 138 (alt 136), 144 neu, 149 u. 150 alt (weggefallen), 158 neu, 159 Abs. 2 u. 3 neu, 160 (alt 159) bis 163, 165 und 166 neu, 167 und 168 (alt 161), 175 neu, 176 (alt 171), 187 neu, 201 (alt 196), 202 (alt 197), 206 (alt 201), 209 (alt 204), 224 neu, 236 (alt 230), 237 (alt 231), 238 (alt 232), 249 (alt 243) 254 neu, 259 (alt 253), 270 (alt 264, wo Absatz 2 weggefallen), 273 neu, 274 zumeist neu (alt 267), 275 Ziffer 5, 283 (alt 275), 287 alt (ganz weggefallen vergl. 294 [alt 286] in fine), 293 alt (weggefallen), 296 (alt 289), 308 (alt 302) Abs. 2 weggefallen, 312 bis 314, 329 (alt 323) Alin. 2 weggefallen, 329 (alt 334), 332

alt weggefallen, 342 (alt 337), 345 neu, 346 (alt 340), 350 (alt 342), 355 neu, 377 (alt 364 u. 365), 383 alt weggefallen, endlich 390 neu.

Nur ein paar besonders bezeichnende Redaktionsänderungen wollen wir hervorheben. In § 48 (alt 49) wurden statt „100 Thaler" eingesetzt: „300 Mark"; in § 124 (alt 122) „deutsches Reichsgericht" statt „Obersten Gerichtshofes".

---

Der Reihenfolge der Paragraphen folgend werden wir nachstehend die wesentlichsten materiellen Aenderungen erörtern.

In § 61 (alt 62) wird der früheren Bestimmung für den Fall der Zeugniß- oder Eidverweigerung eines Zeugen neu angereiht:

„Die Zwangshaft hört auf, sobald der Zeuge seiner gesetzlichen Verpflichtung nachkommt; dagegen behält es bei den bereits festgesetzten Geldstrafen sein Bewenden."

„Dem Zeugen werden außerdem die durch seine Weigerung verursachten Kosten auferlegt."

„Sind die hier vorgesehenen Maßregeln erschöpft, so können sie in demselben oder in einem andern Verfahren, welches dieselbe That zum Gegenstande hat, nicht wiederholt werden."

Wir halten diese Aenderung, wenn sie auch zunächst nur redaktionell ist, bei der kontroversen Natur der ganzen Frage für sehr erwünscht.

In § 85 (alt 84) ist bezüglich der Auslieferungspflicht von Beweismitteln während der Voruntersuchung neu beigefügt:

„Es kann im Falle der Weigerung durch die im § 61 bestimmten Zwangsmittel hierzu angehalten werden. Gegen Personen, welche zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, finden diese Zwangsmittel keine Anwendung."

Neu sind folgende Bestimmungen über eine besondere Art der Verhaftung.

„§ 112. In dem Verfahren zur Vorbereitung der öffentlichen Klage kann aus denselben Gründen, welche zur Erlassung eines Haftbefehles (s. 99 [alt 98] ffg.) berechtigen, vom Amtsrichter (zu unterscheiden vom Untersuchungsrichter!) auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder, wenn Gefahr im Verzuge

obwaltet, von Amtswegen ein Verwahrungsbefehl gegen den Beschuldigten erlassen werden."

„Zur Erlassung des Verwahrungsbefehles ist jeder Amtsrichter befugt, in dessen Bezirk ein Gerichtsstand für die Sache (entweder der der begangenen That oder der des Wohnortes, s. unsern I. Bericht) begründet ist oder der Beschuldigte betroffen wird."

„§ 113. Der Verwahrungsbefehl ist aufzuheben, wenn nicht binnen 2 Wochen nach Vollstreckung desselben der Haftbefehl von dem zuständigen Richter erlassen und zur Kenntniß des Amtsrichters gelangt ist."

„Erscheint die Zuständigkeit des Mittleren oder des Großen Schöffengerichtes oder des deutschen Reichsgerichtes begründet, so kann diese Frist auf Antrag der Staatsanwaltschaft vom Amtsrichter bis auf sechs Wochen verlängert werden."

„Im Uebrigen finden die für die Untersuchungshaft geltenden Bestimmungen auch auf die Verwahrung entsprechende Anwendung."

In den Motiven zu diesen wie gesagt neuen Bestimmungen *) wird angeführt, es werde nicht selten vorkommen, daß die Staatsanwaltschaft es nöthig finde, zur Vereinfachung und Beschleunigung der Sache den weiteren Weg der Voruntersuchung zu vermeiden, durch einzelne Erhebungen die Verdachtsgründe aufzuklären und dann erst sich zu entscheiden, ob sie noch auf Anklage oder selbst auf Einstellung antragen solle. In solchen Fällen nun müßte der Beschuldigte gemäß § 99 (alt 98) stets auf freiem Fuße bleiben, wenn nicht, um dies zu vermeiden, die Staatsanwaltschaft sich entschließen könnte, gleichwohl trotz momentaner Unangezeigtheit die Einleitung einer förmlichen Voruntersuchung zu beantragen und sich dadurch das Fundament zur Beantragung der Untersuchungshaft zu schaffen. Zur Vermeidung dieses Mißstandes sei daher der vorgeschlagene Ausweg getroffen worden.

Indem wir uns hiermit ebenfalls einverstanden erklären, wollen wir es nicht unterlassen, unsere Bedenken wegen Kreirung eines politischen Reichs-Untersuchungs- und Aburtheilungs-Centralgerichtes zu wiederholen. (Siehe unsern I. Bericht.)

Neu ist ferner auch die gleichfalls eine Lücke ausfüllende Bestimmung des dritten Absatzes des § 114 (alt 111), lautend:

*) S. 69 ffg.

„Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintrit, ist die vorläufige Festnahme von der Stellung eines solchen Antrages nicht abhängig." (vgl. Motive S. 70 unten.)

Durchgreifender und im höchsten Grade anzuerkennen sind die zum Theil neuen Bestimmungen über die Wahl des Vertheidigers und wir sind mit derselben um so mehr einverstanden, als damit zugleich der einen unserer im I. Berichte gemachten Ausstellungen begegnet ist.

Art. 122 (alt 120) bestimmt jetzt in einem neuen Alinea 2 ganz passend:

„Hat der Beschuldigte einen gesetzlichen Vertreter, so kann auch dieser selbstständig einen Vertheidiger wählen."

Hiezu bemerken die Motive *), daß „hinsichtlich solcher Beschuldigten, welche wegen Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen einen gesetzlichen Vertreter haben, es angemessen erschien, auch dem letzteren, unabhängig von dem Willen des Beschuldigten selbst, die Befugniß zu gewähren, einen Vertheidiger zu wählen. Selbstverständlich wird hierdurch das eigene Recht des Beschuldigten zur Wahl eines Vertheidigers nicht beschränkt."

Die frühere exorbitante (auch von uns möglichst energisch getadelte) Beschränkung des Kreises von wählbaren Vertheidigern betreffend, sagen die neuen Motive **) wörtlich:

„Gebietet einerseits die Rücksicht auf den Beschuldigten, demselben einen möglichst weiten Kreis für die Auswahl des Vertheidigers zu gewähren, so fordert andererseits die Rücksicht auf die staatlichen Ziele der Strafrechtspflege, daß nur solche Personen als Vertheidiger zugelassen werden, die eine äußere Gewähr dafür geben, daß sie die volle Einsicht in die Pflichten ihres Berufes als Vertheidiger besitzen."

Die neuen Motive wiederholen hiermit, wie überhaupt, nur die alten Motive. Allein es wurde eine wenn auch nach den alten Motiven bereits ermöglichte Erweiterung nun in den Gesetzestext selbst aufgenommen. Es hatte nämlich der alte § 123 in seinem zweiten Alinea nur gesagt:

---

*) S. 75 Mitte.

*) S. 75 a. a. O.

„Auch Justizbeamte, welche nicht als Richter angestellt sind, können als Vertheidiger bestellt werden."

In den alten Motiven war jedoch hierzu bereits bemerkt, daß zu den Justizbeamten, welche der Entwurf im Auge habe, auch diejenigen Personen gehörten, welche sich im Vorbereitungsdienst für das Richteramt befänden. Es war wohl hierbei auf eine Einrichtung entscheidendes Gewicht gelegt, welche zwar in Preußen, aber nicht im übrigen Deutschland besteht, und wo sie noch nicht besteht, nicht anzunehmen ist. Es ist dies nämlich wohl das Institut der Honorar- (aber nicht honorirten) „Richter", von denen man allerdings sagen kann, sie stehen bereits im Richterdienste. Von den besonders in Süddeutschland bestehenden sog. geprüften Rechtspraktikanten und Accessisten u. dgl. kann man, ohne der bisherigen Gerichts- und Amtssprache Gewalt anzuthun, ein Gleiches nicht sagen. Es lag daher für Süddeutschland ein Irrthum nahe, und wenn auch Referent in denselben verfallen ist, obwohl ihm die preußische Einrichtung nicht unbekannt war, so muß ihn die Eigenschaft auch des alten Entwurfes als eines deutschen entschuldigen. Jedenfalls ist es daher mindestens als eine für Süddeutschland wesentliche Verdeutlichung zu begrüßen, daß nun im kommissionellen Entwurfe, wenn auch ohne weitere Aufklärung in den neuen Motiven, die fragliche Bestimmung in § 125 (alt 123) Absatz 2 gefaßt ist wie folgt:

„Auch Justizbeamte, welche nicht als Richter angestellt sind, sowie solche Rechtskundige, welche die vorgeschriebene erste Prüfung für den Justizdienst bestanden haben*)..."

In gleicher Weise zu begrüßen ist es, daß in § 129 dem verhafteten Beschuldigten nicht blos, wie bisher, mündlicher, sondern auch schriftlicher Verkehr mit seinem Vertheidiger ausdrücklich gestattet ist.

Im vollsten Maße empfiehlt es sich aus Grundsätzen der Humanität für den Beschuldigten und der Billigkeit wenigstens für die Rechtsanwälte (warum nicht auch für die Uebrigen?), daß jetzt § 130 bestimmt:

„Ist ein Rechtsanwalt auf Grund des § 124 (alt 122) Abs. 1 zum Vertheidiger bestellt worden, und hat er die Vertheidigung in der Hauptverhandlung geführt, so sind demselben

*) Auch in Süddeutschland bestehen mehrere solcher Prüfungen. In Bayern sind es deren zwei, die erste bei dem Uebertritt von der Universität in die Praxis, die zweite nach einigen Jahren behufs Anstellung im Staatsdienste.

die ihm nach Maßgabe der Gebührenordnungen hierfür zustehenden Gebühren aus Staatsmitteln zu bezahlen."

Motivirt*) ist diese Bestimmung damit, daß hier der Staat Auftraggeber des Vertheidigers sei, es erscheine daher unstatthaft, den letzteren hinsichtlich seiner Gebührenansprüche an den Beschuldigten zu verweisen, zu welchem er in keinem Vertragsverhältnisse stehe. „Daß der Staat (so wird aller Vorsicht halber ausdrücklich beigefügt) von dem zur Strafe Beurtheilten die Zurückerstattung des gezahlten Betrages zu fordern berechtigt ist, ergiebt sich aus der Vorschrift des § 387 (alt 375).

Wir selbst haben uns schon vor Jahren für die Nothwendigkeit ausgesprochen, bei großen Komplicitäten und Konnexitäten Auswege zu finden, um Monstreverhandlungen wo möglich zu zertheilen und auf solche Weise zu verhüten, daß Richtern und Geschworenen beinahe Unmenschliches zugemuthet werde.**) In Bayern, insbesondere nach dem Feuerbach'schen Strafgesetzbuche von 1813 (aber auch nach dem von 1861) war der Mißstand ein höchst fühlbarer.

Abhülfe suchte bereits der alte Entwurf § 143 Absatz 2 zu schaffen. Der neue Entwurf wiederholte in § 147 Absatz 1 nicht nur diese Bestimmung, sondern traf im Absatze 2 noch folgende:

„Eine solche Verbindung oder Trennung kann auch nach Eröffnung der Untersuchung auf Antrag oder von Amtswegen durch gerichtlichen Beschluß angeordnet werden. Dieser Beschluß steht, wenn die einzelnen Strafsachen bei Schöffengerichten desselben Landgerichtsbezirks anhängig sind, dem Landgerichte, in sonstigen Fällen dem gemeinschaftlichen oberen Gerichte, falls aber das deutsche Reichsgericht zuständig ist, dem letzteren zu."***)

Was die gerichtliche Voruntersuchung betrifft, ist in § 148 (alt 144) im Absatz 2 die neue Bestimmung getroffen:

„In den zur Zuständigkeit der großen oder mittleren Schöffengerichte gehörigen Strafsachen findet die Voruntersuchung statt, wenn die Staatsanwaltschaft dieselbe beantragt."

---

*) Motive S. 78 oben.

**) Sitzungsberichte der bayerischen Strafgerichte. Band V. (Erlangen 1858. Adolph Enke.) S. 236 ffg.

***) Vergl. Motive S. 84 unten.

In den zumeist den alten Motiven folgenden neuen Motiven *) werden sehr richtige Gesichtspunkte einerseits über Nothwendigkeit, andererseits über Entbehrlichkeit, über Zulässigkeit, endlich über Ausschluß einer Voruntersuchung auseinandergesetzt und dargelegt, wie der Entwurf unter den verschiedenen Prinzipien der bisherigen deutschen Gesetzgebungen die richtige Mitte einzuhalten und allen Anforderungen Genüge zu leisten suche. Dabei wird, was die Bestimmung des § 148 betrifft, darauf aufmerksam gemacht, es sei auch das Ermessen des Gerichtes in soferne nicht ausgeschlossen, als dasselbe im Falle unmittelbarer Erhebung der Anklage nachträglich eine gerichtliche Voruntersuchung anordnen könne, in dem Falle nämlich, daß es die Sache durch das (von der Staatsanwaltschaft zunächst statt einer solchen vorgezogene) außergerichtliche Ermittelungsverfahren (A. 138, alt 136 ffg.) nicht für genügend vorbereitet erachtet (§ 163).

Im Hinblick auf die neuerlich getroffenen, sogleich zu berichtenden Aenderungen in Bezug auf Privatanklage und Richtung der Voruntersuchung auch gegen andere als ursprünglich vom Staatsanwalt bezeichnete Personen glauben wir unser Einverständniß mit den Bestimmungen des § 148 (alt 144) erklären zu sollen.

In letzterer Beziehung bestimmt nämlich der neue § 154:

„Ergiebt sich im Laufe der Voruntersuchung Anlaß zur Ausdehnung derselben auf eine in dem Antrage der Staatsanwaltschaft nicht bezeichnete Person oder That, so hat der Untersuchungsrichter „in dringenden Fällen“ (?) die in dieser Beziehung erforderlichen Untersuchungshandlungen von Amtswegen vorzunehmen.“

„Die weitere Verfügung (??) gebührt auch in solchen Fällen der Staatsanwaltschaft.“

Man erinnert sich, wir haben in unserm I. Berichte die wenigstens scheinbare Beschränkung der Ausdehnung der Voruntersuchung besonders in der Richtung auf weitere Personen, als etwa ein Staatsanwalt „aus höheren Gründen“ für nöthig gefunden hätte, zu beleuchten gesucht und haben uns hiergegen erklärt. Unserer diesbezüglichen Beanstandung ist durch diese neue Bestimmung wenigstens zum Theil begegnet, obwohl wir freilich auch an ihrer Fassung wieder Bedenken finden, wie wir diese durch Fragezeichen im Texte angedeutet haben. Warum auch in dieser Bestimmung wieder der Staatsanwaltschaft eine

*) Alt S. 119 ffg.; neu S. 91 ffg.

maßgebende Stimme eingeräumt wurde, ist in den neuen Motiven nicht gesagt, wie denn überhaupt zu der neuen Bestimmung als Motiv nur ganz allgemein angegeben ist,*) es sei die „Vorschrift des § 154 eine Folgerung aus denjenigen Grundsätzen, welche der § 134 (alt 131) einerseits und der § 142 (alt 140) enthalten."

Neu ferner ist auch der zweite Absatz des § 170 (alt 167), welcher bestimmt:

> „Gegen den Beschluß, durch welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder abweichend von dem Antrage der Staatsanwaltschaft der Beschuldigte vor ein Gericht niederer Ordnung verwiesen worden ist, steht der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde zu."

Haben wir auch gegen die erste Hälfte der Bestimmung keine Erinnerung, so glauben wir uns doch gegen die zweite erklären zu sollen. Im Interesse der Beschleunigung der Sache ist alles aufzubieten, um das Zwischenstadium zwischen Ermittelungs- und Voruntersuchungsverfahren einer- und der endlichen Hauptverhandlung andererseits möglichst abzukürzen, und es ist daher dringend geboten, die Rechtsmittel gegen die Beschlüsse der Verweisungskammern auf das absolut nöthige Maß zu beschränken. Da nun hier wirklich eine Verweisung vor Gericht überhaupt, und noch dazu vor ein niedrigeres stattfindet und es immer noch diesem, wenn auch niedrigeren Gericht vorbehalten bleibt, nach Anhörung des staatsanwaltschaftlichen Antrages die Sache an das höhere Gericht zu verweisen, so scheint uns in diesem Falle die Einräumung des Rechtsmittels gegen jenen Zwischenbeschluß an die Staatsbehörde nicht gerechtfertigt.

Wir haben uns in unserem I. Berichte implicite für das englische Kreuzverhör bei der Hauptverhandlung ausgesprochen und dieser für Findung der Wahrheit trefflichen Einrichtung von jeher das Wort geredet. Wir freuen uns, daß ihr auch die Kommission nicht allein in ihren Motiven gehuldigt, sondern ihrer Ueberzeugung auch in dem Gesetzestexte Ausdruck zu geben wagte, wovor der frühere Entwurf aus Furcht vor dem in unserem Lande annoch drohenden Mißbrauche zurückgeschreckt ist. Es bestimmt nämlich § 199 (alt 194):

*) S. 96 mitten.

„Die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen ist der Staatsanwaltschaft und dem Vertheidiger auf deren übereinstimmenden Antrag von dem Vorsitzenden zu überlassen. —

„Auch außer diesem Falle kann der Vorsitzende die Vernehmung dem einen oder dem andern Theile gestatten. —“

Die neuen Motive, wie immer bei den Abweichungen offenbar aus Delikatesse, aber wie wir glauben, oft zum Schaden der Sache kurz, sagen über die Aenderung und über den Grund der neuen Beschränkung nichts. Hier freilich ist das Stillschweigen, weil an sich nicht schwer verständlich, leichter zu verschmerzen. *)

Sehr dankenswerth und ganz aus dem praktischen Bedürfniß geschöpft, überdies ohnehin bereits von verständigen Vorsitzenden geübt, ist die neue Vorschrift in § 202 (alt 197):

„Der Vertheidiger ist befugt, nachdem der Angeklagte gehört worden, die Auslassung desselben in Bezug auf Thatsachen zu vervollständigen.“

Ebenso haben wir auch im Interesse der Wahrheitsforschung und trotz der naheliegenden Bedenken **) nichts gegen die weitere neue Bestimmung zu erinnern, welche in § 212 enthalten ist, wo es heißt:

„Erklärungen des Angeklagten, welche in einem gerichtlichen Protokolle enthalten sind, können zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständniß oder zur Feststellung oder Hebung von Widersprüchen zwischen seinen Angaben in der Hauptverhandlung und denen in dem vorangegangenen Verfahren verlesen werden.“

Neu ist die ausdrückliche Anerkennung durch § 245, daß jedes von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsmittel die Wirkung hat, daß die angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann.

Die Normirung der Revision (oder vielmehr der Nichtigkeitsbeschwerde wie es besser wäre das Rechtsmittel unter Beibehaltung des bereits gang und gäben Namens zu heißen) hat, wie auch wir selbst sie in unserem I. Berichte beanstandet haben, in der Kommission

*) Neue Motive S. 124 verglichen mit den alten S. 168.

**) Neue Motive S. 127 flg.

gleichfalls bereit Anfechtungen erfahren und wird sich voraussichtlich hiergegen noch gar mancher Widerspruch erheben.

§. 251 des alten Entwurfes hatte nämlich bestimmt:

„Der Beurtheilung des Revisionsgerichtes unterliegen auch diejenigen auf einer Verletzung des Gesetzes beruhenden Entscheidungen, welche in der Hauptverhandlung vor der Urtheilsfällung erlassen worden sind.“

Diese Bestimmung ist in dem neuen Entwurfe ganz weggeblieben: Es erklären dies jedoch die Motive *) lediglich für eine Art Redaktionsänderung. Sie sagen nämlich (in ihrem zweiten Theile uns unverständlich):

„Daß dem Revisionsrichter auch die Prüfung der Entscheidungen zustehen muß, welche das erkennende Gericht vor der Urtheilsfällung erlassen hat, brauchte nicht ausdrücklich bestimmt zu werden. Es folgt dies schon daraus, daß diese Entscheidungen entweder sich als ein antizipirter Bestandtheil des Urtheiles darstellen (so z. B. wenn ein angetretener Beweis für unerheblich erachtet wird) oder das Verfahren des erkennenden Gerichtes betreffen.“

Wir glauben trotz dieser beruhigenden Erklärung in den Motiven daß die, wie uns scheint, ohnehin zu engen Nichtigkeitsgründe durch diese Weglassung immerhin noch mehr eingeengt erscheinen würden, würden daher, wenn denn einmal das „beruhen“ als wesentliches Moment beibehalten werden muß, uns noch lieber für den ursprünglichen Entwurf erklären.

Die verhängnißvollste Ziffer, des wichtigsten Paragraphen über Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Urtheiles, §. 275 (268 alt) war im alten Entwurfe gefaßt:

„Die Wiederaufhebung &c. zu Gunsten des Verurtheilten findet statt — 5., wenn neue Thatsachen vorliegen, aus denen sich ergiebt, daß die That, wegen welcher er verurtheilt wurde, entweder gar nicht begangen worden ist, oder von ihm nicht hat begangen werden können.“

Bekanntlich ist es nämlich gerade die hierin liegende konsequente allgemeine Erweiterung der drei Spezialfälle des französischen Kriminalprozeßrechtes, gegen welche seitens der Pfälzer und Rheinischen Juristen die größten Bedenken bislang erhoben worden sind, so zwar

*) S. 162 gegen oben.

daß theilweise geradezu die Existenzmöglichkeit eines öffentlich mündlichen Strafrechtsverfahrens nach Art des französischen geleugnet worden ist. Man hatte auch in der That von eben dieser Seite in bisherigen deutschen gesetzgebenden Versammlungen so große Bedenken erhoben, daß man trotz der ausgezeichnetsten Befürwortung*) von der Verallgemeinerung wirklich Abstand nehmen zu müssen glaubte.

Wir haben das Wagniß des früheren Entwurfes bereits in unserem I. Berichte begrüßt, wiewohl wir uns nicht nur die Bedenken nicht verhehlten, sondern auch die Schwierigkeit der Fassung einer allgemeinen Bestimmung verkannten.

In ersterer Beziehung beruhigen die Motive, es werde der zu häufigen Wiederaufnahme dadurch vorgebeugt, daß dieselbe ja regelmäßig von dem Ausfalle einer vorläufigen Beweiserhebung abhängig gemacht werde. (§ 284, alt 276.) **)

Gefaßt ist die Bestimmung im Kommissionsentwurfe unter § 275 Ziffer 5:

„wenn neue Thatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, welche allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten begründen."

Ob diese Fassung übrigens glücklicher als die frühere ist, müssen wir dahin gestellt sein lassen. Wir würden uns zur Zeit noch eher für die frühere Fassung entscheiden.

Zu begrüßen ist jede Erleichterung der Privatklage. Als eine solche ist wohl der Wegfall der Nothwendigkeit einer förmlichen durch den Privatkläger einzureichenden Anklageschrift anzusehen, indem § 293 im Kommissionsentwurfe weggefallen ist.

Neu ferner ist die Bestimmung (§ 303, alt 297), daß, wenn auch der Privatkläger eidlich als Zeuge vernommen werden sollte, er doch, verschieden von den übrigen Zeugen, der ganzen Verhandlung anwohnen darf.

Neu, aber wie uns zur Zeit scheint nicht unglücklich gefunden, ist die Konstituirung eines mündlichen Strafmandatsverfahrens

*) In Bayern besonders durch Reichsrath Frdr. Christian v. Arnold. S. die Verhandlungen des Gesetzgeb.-Aussch. der Kammer der Reichsräthe vom Jahre 1848.

**) Neue Motive. S. 173 oben.

vor dem Amtsrichter in Sachen, welche eigentlich vor die kleinen Schöffengerichte kompetiren (§§ 348 u. 349).

Ein Gleiches ist zu sagen über das Verfahren bei Einziehungen, welches in einem neuen fünften Abschnitte an das Ende des 6. Buches des Entwurfes angefügt ist (§§ 372 bis 374). *)

Zum Schlusse endlich können wir noch dankbarst anerkennen, daß in einem neuen § 376, fest und präzise das ganze Heer von Zweifeln, wie wir sie besonders in der bayerischen Rechtsprechung kennen gelernt haben, ein für alle Mal abschneidend, bestimmt ist:

> „Auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe ist unverkürzt diejenige Untersuchungshaft anzurechnen, welche der Angeklagte, wenn er ein Rechtsmittel nicht eingelegt hat, seit der Verkündigung des Urtheiles, oder wenn er das von ihm eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen hat, seit dieser Zurücknahme erlitten hat.“ —

---

*) Neue Motive S. 206.

# XIX.

## Das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz.

Das von dem Reichskanzler unter dem 12. November 1873 dem Bundesrathe zur Prüfung und Feststellung vorgelegte Gesetz „über die Verfassung der Gerichte im deutschen Reich für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen“ behandelt die ihm gestellte Aufgabe in elf Titeln mit zusammen 173 Paragraphen.

Die ersten zehn Titel enthalten die reichsgesetzlichen Vorschriften über Einrichtung der Gerichtsbehörden. Ihre Anordnung beruht darauf, daß zuerst von der Ausübung der Gerichtsbarkeit überhaupt, sodann von den im Einzelnen von der Justizhoheit der Einzelstaaten noch näher zu ordnenden Landesgerichten und deren Hülfsorganen, und im zehnten Titel vom deutschen Reichsgericht gehandelt ist. Der elfte Titel enthält „gemeinsame Bestimmungen.“

Die nähere Inhaltangabe, welche hier folgt, entspricht im Wesentlichen den in der speziellen Begründung des Gesetzentwurfes der Besprechung der einzelnen Titel vorangestellten Inhaltsübersichten.

Der erste Titel „Gerichtsbarkeit“ (§§ 1—25) bezeichnet in Darlegung der für die Gerichtsbarkeit künftig maßgebenden Grundsätze

I. die Organe, welche im staatlichen Auftrage das Recht handhaben sollen und den Rechtsschutz zu gewähren haben (§§ 1—6); neben den ordentlichen Gerichten werden besondere Gerichte für bestimmte bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen nur soweit sie vom Reichsgesetz anerkannt werden fortbestehen.

II. Der Entwurf handelt sodann von der richterlichen Gewalt der so geordneten Gerichtsbehörden, deren Ausübung nach der gesetzlichen Ordnung des Gerichtsstandes durch keine Willkür verrückt werden darf (§ 7) und sich grundsätzlich auf alle Personen, welche dauernd oder zeitweilig den Reichsgesetzen unterworfen sind, erstreckt. Die §§ 8—12 ergeben die völkerrechtlich und staatsrechtlich gebotenen Ausnahmen dieser Regel.

III. Der aus dem Wesen des deutschen Indigenats und dem verfassungsmäßigen Begriff des Inlands sich ergebende Zusammenhang der deutschen Gerichte gelangt bei Aufrechthaltung der Justizhoheit der einzelnen Bundesstaaten zum Ausdruck durch die das bereits bestehende Reichsrecht erhaltende gemeinsame Ordnung der Rechtshülfe; woran sich die Vorschriften über die Grenzen

der auch dem Auslande zu gewährenden Rechtshülfe anschließen. Auf derselben Grundlage beruhen gemeinsame Bestimmungen darüber, inwiefern eine Thätigkeit des Gerichtes außerhalb seines Gerichtssprengels zulässig ist, und wie weit die Gerichtsgewalt auf Angehörige fremder Gerichtssprengel einwirken kann (§§ 13 bis 24).

IV. Die Schlußvorschrift des Titels (§ 25) handelt von Einrichtungen zur gütlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten.

Indem der Entwurf in den folgenden Titeln zu den einzelnen mit Ausübung der Gerichtsbarkeit betrauten Behörden übergeht, bespricht derselbe, dem Instanzengange folgend, zunächst die Gerichte erster Instanz, wobei er die für jeden Ort des Reichsgebietes nothwendig einzurichtenden Amts- und Landgerichte mit den bei ihnen in Thätigkeit tretenden Schöffengerichten den Handelsgerichten voranstellt, die nur nach den Bedürfnissen der Justiz einzurichten sind.

Zunächst wird im zweiten Titel (§§ 26—30) von den ausschließlich der erstinstanzlichen Rechtssprechung dienenden Amtsgerichten gehandelt, deren Wesen und Einrichtung — Rechtsprechung durch selbstständige Einzelrichter — und sachliche Zuständigkeit besprochen und für deren Geschäftsverwaltung in Fällen thatsächlicher Verhinderung des einzeln dastehenden Amtsrichters Fürsorge getroffen wird. Die weit gegriffene Kompetenz der Einzelrichter begreift regelmäßig:

1. Klagen über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 Mark Reichsmünze nicht übersteigt;
2. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes Streitigkeiten über den Besitz, über Wege- und Wassergerechtigkeiten, über Grenzberichtigungen, Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern wegen Uebergabe oder Räumung des Miethsgelasses; Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde und zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- und Arbeitsverhältnisses, sowie die in § 108 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 bezeichneten Streitigkeiten; Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern oder Flößern über Wirthszechen, Fuhrlohn, Verlust oder Beschädigung der Habe des Reisenden und über Verzögerungen der Fortschaffung, sowie Streitigkeiten der Reisenden mit Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind; Wandelungs- und Minderungsklagen wegen Viehmängel; Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlaf und endlich Aufgebotsverfahren.

Der dritte Titel (§§ 31—37) handelt von den Landgerichten und bespricht ihre Besetzung und die aus ihren Mitgliedern zu bildenden Kollegien (Kammern), ihre Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, also als Civilkammern für die erste und für die Berufungsinstanz, ihre Geschäftsthätigkeit in Strafsachen durch den

Untersuchungsrichter und die Strafkammer, endlich die Zahl der Richter, durch welche in den landgerichtlichen Kollegien die Entscheidungen zu fällen sind. Hervorzuheben ist aus den Bestimmungen über sachliche Zuständigkeit die Ueberweisung gewisser schon jetzt mit Besonderheiten des Verfahrens reichsgesetzlich ausgerüsteter Ansprüche gegen den Reichsfiskus zur erstinstanzlichen Kompetenz der Landgerichte ohne Rücksicht auf den Betrag des Streitgegenstandes.

Der vierte Titel, „Schöffengerichte", (§§ 38—81) stellt

I. den Begriff und die Aufgabe der Schöffengerichte, die verschiedenen Arten derselben und deren Zusammensetzung fest (§§ 38 bis 40), handelt

II. von der sachlichen Zuständigkeit der Kleinen, Mittleren und Großen Schöffengerichte (§§ 41—47) und bespricht sodann

III. das Schöffenamt (§§ 48—77). Nach Feststellung des Begriffes desselben werden
   1. die Voraussetzungen zur Heranziehung zum Schöffendienste dargelegt, sodann
   2. die Bildung der Jahreslisten geordnet, auf Grund deren die Heranziehung zu den Sitzungen der Schöffengerichte stattfindet,
   3. die Heranziehung der Schöffen zu diesen Sitzungen selbst,
   4. die Vereidigung der Schöffen,
   5. die nachträgliche Enthebung der Schöffen von ihrem Amte und ihre Entbindung von einzelnen Dienstleistungen besprochen und
   6. die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften durch Strafen der in dem Gerichtsdienst für das Schöffenamt säumigen Personen und durch Inaussichtnahme der Feststellung bestimmter Fristen für die in die Hand der Behörden gelegten Handlungen gesichert.

Die Schlußvorschriften des Titels ordnen

IV. die Geschäftsleitung in den Schöffengerichten und die gemeinsame Amtsthätigkeit der rechtsgelehrten Richter und Schöffen (§§ 78 bis 81).

Die Vorschriften des fünften Titels, „Handelsgerichte," (§§ 82 bis 93) betreffen

I. die Einrichtung und Zusammensetzung dieser Gerichte (§§ 82 und 83), sie ordnen

II. ihre sachliche Zuständigkeit (§§ 84 und 85), handeln sodann

III. vom Amte der Handelsrichter, indem das Wesen desselben, seine Uebertragung, die Beeidigung der Richter und die amtliche Stellung derselben besprochen werden (§§ 86—92); sie stellen endlich

IV. fest, in welcher Art die Spruchkollegien der Handelsgerichte zu bilden sind (§ 93).

Den Bestimmungen über die Landesgerichte läßt der Entwurf im siebenten bis neunten Titel die Vorschriften über diejenigen Organe folgen, welche, ohne selbst eine richterliche Thätigkeit auszuüben, doch von wesentlicher Bedeutung für die Ausübung der Gerichtsbarkeit sind.

Der siebente Titel (§§ 98—110) handelt von der Staatsanwaltschaft, indem er

I. die äußere Organisation derselben (§§ 98—100),
II. ihre innere Organisation, sowie die Aufsicht und Leitung (§§ 101 bis 104),
III. ihr Personal und dessen rechtliche Stellung (§§ 105—108),
IV. das Verhältniß der Staatsanwaltschaft zu den Gerichten und zu den Beamten der Sicherheitspolizei bespricht und ordnet (§§ 109 und 110).

Im achten Titel, Gerichtsschreiber (§§ 111 und 112), behandelt der Entwurf die Gerichtsschreiberei als eine bei jedem Gerichte nothwendige Einrichtung, er bespricht das Personal derselben, überläßt aber den näheren Ausbau des Institutes den Landesjustizverwaltungen.

Der neunte Titel (§§ 113—117) behandelt die Gerichtsvollzieher und die für einen Theil der Thätigkeit derselben anzustellenden Zustellungsbeamten, indem er deren sachliche und örtliche Zuständigkeiten feststellt, die Fälle bespricht, in denen ein Gerichtsvollzieher kraft Gesetzes von Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, und die Verbindlichkeit der Gerichtsvollzieher zur Ausführung der innerhalb ihres Wirkungskreises ihnen ertheilten Aufträge feststellt.

Im zehnten Titel, „Deutsches Reichsgericht," (§§ 118—141) ist im Anschluß an die Einrichtungen des Reichsoberhandelsgerichtes die gemeinsame Bildung eines Organes der Gerichtsbarkeit des Reiches, des Deutschen Reichsgerichtes, geordnet. Die Feststellungen hierbei betreffen

I. die Zuständigkeit dieses Gerichtes (§§ 118—120),
II. seine Einrichtung und Organisation — Sitz und Besetzung, Anstellung der Richter, Eintheilung des Gerichtes und Vertheilung der Mitglieder, Vorsitz — (§§ 121—124),
III. die Hülfsorgane des Reichsgerichtes, die Reichsanwaltschaft, Gerichtsschreiberei und Unterbeamten, Anwälte und Advokaten (§§ 125 bis 128),
IV. den Geschäftsbetrieb, insbesondere die Geschäftsvertheilung, Einrichtungen zur Aufrechthaltung der Einheit der Rechtsprechung, das Reichsgericht als Gericht einziger Instanz in Strafsachen, das Plenum und die Spruchkollegien der Senate, den Geschäftsgang und das Kostenwesen (§§ 129—136),
V. die Voraussetzungen des Amtsverlustes der Richter, vorläufiger Entsetzung derselben und ihrer Versetzung in den Ruhestand, sowie das Verfahren hierbei (§§ 137—141).

Dem Reichsgericht ist die Oberrevision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und die Revision gegen Urtheile der Großen und Mittleren Schöffengerichte, sowie die jetzt dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck zustehende Untersuchung und Entscheidung in den Fällen des Hoch- oder Landesverrathes gegen Kaiser oder Reich zugewiesen, und dasselbe soll Beschwerdegericht rücksichtlich der Entscheidungen der Oberlandesgerichte sein.

Die im elften Titel (§§ 142—173) enthaltenen gemeinsamen Bestimmungen werden als gemeinsame bezeichnet, insofern sie für alle Arten der Landgerichte und für das Reichsgericht Geltung haben, auch ihrer Mehrzahl nach in gleicher Weise bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und bei Strafsachen Anwendung finden sollen. Es wird in diesem Titel gehandelt:

I. von der gesetzmäßigen Ausübung der Amtspflicht der Gerichte, die regelmäßig unübertragbar und stets in der gesetzlich vorgeschriebenen Zusammensetzung der Gerichte zu üben ist (§§ 142 und 143);
II. sodann von der Gerichtssprache und dem Dolmetschwesen (§§ 144 bis 151);
III. von den gerichtlichen Protokollen (§ 152);
IV. von der Oeffentlichkeit der Verhandlungen (§§ 153—156);
V. von der Aufrechthaltung der Ordnung bei den gerichtlichen Verhandlungen (§§ 159—162);
VI. von der Berathung und Abstimmnug in den gerichtlichen Kollegien (§§ 163—168);
VII. von Einsichtnahme der Gerichtsakten (§§ 169 u. 170) und
VIII. von den Gerichtsferien (§§ 171—173).

---

Das zugleich mit dem Gesetz über die Verfassung der Gerichte ꝛc. dem Bundesrathe zugestellte Einführungsgesetz dazu enthält in 12 Artikeln Vorschriften, durch welche die Bedeutung einzelner Ausdrücke des Gesetzes klar gestellt, das Verhältniß des neuen Rechtes zum bestehenden Reichs- und Landesrechte geordnet und rücksichtlich des Fortganges der bei den bestehenden Gerichten anhängigen Rechtssachen und der Möglichkeit ihres Ueberganges auf die neuen Gerichte Bestimmung getroffen wird.

# Literatur.

---

**Marcus Antistius Labeo.** Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, von Dr. Alfred Pernice, Professor in Greifswald. I. Band. Halle, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses. 1873. 8°. 518 S.

Mit Freuden unterziehe ich mich der Aufgabe, die Leser dieser Zeitschrift auf ein Werk aufmerksam zu machen, das sich nach meinem Dafürhalten für einen jeden denkenden Juristen — nicht blos für den Spezialisten — zum Studium dringend empfiehlt: in diesem Werke athmet der Geist „des Geistes des römischen Rechtes", den wir alle begreifen und alle — gleichviel ob Praktiker oder Theoretiker — so lieb gewonnen haben. Wird freilich ein abschließendes Urtheil erst nach Vollendung des Buches möglich sein, von dem zur Zeit der erste Band vorliegt, so glaube ich, daß schon nach dem, was uns geboten worden ist, das Werk eine der ersten Stellen in unserer Literatur einnehmen wird.

Diese Anzeige hat, wie bemerkt, wesentlich den Zweck, die Aufmerksamkeit der Leser auf Pernice's Arbeit hinzulenken; eine Kritik wäre aus mehreren hier nicht zu erörternden Gründen an diesem Platze nicht angebracht. Aber grade eine derartige Signalisirung ist einem Werke gegenüber geboten, hinter dessen bescheidenem Exterieur kaum der reiche Gehalt und Inhalt, den es birgt, vermuthet wird.

Das Buch ist berufen, unter dem Namen Labeo in die Welt zu gehen. Wer denkt bei diesem Titel nicht zunächst daran, eine Gelehrtenbiographie, bestenfalls in dem Savigny'schen Sinne, zu finden, die höchstens das Interesse der Spezialforscher in Anspruch nehmen kann, und selbst unter diesen, die nachgerade bei der der römischen Rechtswissenschaft eigenen intimen Beziehung der Gelehrtengeschichte zur Rechtsgeschichte überhaupt und zur Dogmengeschichte insbesondere den Werth der ersteren würdigen gelernt haben, — selbst unter den Romanisten möchte Mancher, wenn er den Titel Labeo erfährt, bedauern, daß der Verfasser nicht einen der klassischen Juristen, insbesondere Julian oder Ulpian, zum Vorwurf gewählt hat. Wie fühlt sich solchen Muthmaßungen gegenüber der Leser überrascht! Aber selbst wer das Titelblatt genauer studirt, wird bald bemerken, daß dasselbe dem Stoffe keineswegs gerecht wird, denn der Verfasser zieht auch die letzten Jahrhunderte der Republik und das zweite der Kaiserzeit in seine Betrachtung. Die Grenze, die er sich gesteckt, ist

nirgends innegehalten, und je mehr er vorschreitet, um so mehr erweitert sich die Arbeit zu einer Geschichte des Privatrechtes von den 12 Tafeln bis zum Abschlusse der klassischen Zeit. Indem sich so der Verfasser während seiner Arbeit von seinen Grenzen emanzipirte, ist eine gewisse Ungleichmäßigkeit in der Behandlung nicht zu verkennen, und der ästhetische Eindruck, den ein symmetrischer Ausbau auch bei schriftstellerischen Werken hervorbringt, geht darüber verloren.

Also eine Geschichte des römischen Privatrechtes ist es, die wir vor uns haben, keine Gelehrtengeschichte, und mit dieser Feststellung ist dem Unternehmen von vornherein schon eine allgemeine Sympathie gesichert. Denn einem jeden Juristen ist es bekannt, daß ein solcher Vorwurf einem wirklichen Bedürfnisse der Wissenschaft entgegenkommt, einer echten Noth unserer romanistischen Jurisprudenz abhelfen will. Einem jeden Juristen ist in seinen Studien aufgefallen, daß neben der üppigen Behandlung der sogenannten äußeren Rechtsgeschichte die innere, das ist die Geschichte des Privatrechtes, ein kümmerliches Dasein fristet. Höchstens, daß für einzelne Lehren, wie Pfandrecht und Erbrecht, der Stoff reichlicher floß. Für alles Uebrige, besonders für den sogenannten allgemeinen Theil und das Obligationenrecht, mangelte es entweder überhaupt an Untersuchungen, die uns Klarheit oder sei es selbst nur Unklarheit brachten, oder diese Untersuchungen waren mehr aphoristischer Natur und es fehlte an dem geistigen Bande zwischen der einen und der andern.

Man hätte glauben sollen, daß die Arbeiten der historischen Schule auch auf diesem Gebiete einen Fortschritt bezeichnen. Aber es ist bekannt, daß diese nicht überall die Konsequenzen ihres Standpunktes gezogen hat, und wenn irgendwo, so gilt dies von der Geschichte des römischen Privatrechtes. Man kann mit einem gewissen Rechte sagen, die historische Schule ist im Großen und Ganzen bis vor das Corpus juris gekommen; dort blieb sie stehen. Das Material, welches im Corpus juris und ganz besonders in den Pandekten für die Geschichte des Privatrechtes so reichlich fließt, wurde nicht benutzt. Das lag einmal daran, daß man über der praktischen Verwerthung dieses Rechtsbuches für das geltende gemeine Recht die Aufgabe der historischen Bearbeitung übersah und in den Schatten treten ließ, und sodann an der zu guten oder zu schlechten Meinung — je nachdem man das Interesse des Dogmatikers oder Historikers hat — von der Arbeit der Redaktoren des Corpus juris, die nichts Geringeres gethan haben sollen, als ein Rechtsbuch für unseren praktischen Gebrauch auszuarbeiten und jede historische Beziehung zu streichen. So kam es, daß man, selbst wenn einmal ein Institut historisch dargestellt wurde, bei der Interpretation widersprechender Pandektenfragmente an dem bei der Bearbeitung des geltenden gemeinen Rechtes vielleicht zutreffenden Kanon, daß die historische Auslegung und Vereinigung ein höchst subsidiäres Rechtsmittel sei, festhielt. So kam es, daß man über der Justinianischen Arbeit das klassische römische Recht übersah, und der humanisirende Einfluß des Studiums des römischen Rechtes, den dasselbe, nicht anders als die lateinische Sprache und die griechische Kunst, nur in der Periode der Klassizität besitzt, auf Kosten der sehr problematischen Bedeutung desselben als geltendes deutsches Recht zurücktrat.

Darum empfiehlt sich Pernice's Unternehmen im Hinblick auf seine Originalität. Es tritt aber noch ein weiteres Moment hinzu, das demselben

grade in diesem Augenblick eine besondere Bedeutung verleiht: das Zustandekommen eines deutschen Gesetzbuches ist nur eine Frage der Zeit: mit diesem aber wird das Studium des sogenannten gemeinen Rechtes aufhören. Niemand wird wollen, daß wir von da ab auch das römische Recht verbannen sollen; vielmehr wird es seinen propädeutischen Werth behalten müssen, soweit ihm ein solcher zukommt. Dies gilt aber wesentlich nur für das klassische Recht, und die Bearbeitung des klassischen römischen Privatrechtes ist daher grade mit Rücksicht auf die Zukunft eine dringende Aufgabe.

Ist nun das Unternehmen des Verfassers ein im höchsten Grade bedeutendes und anerkennenswerthes, so gilt dies, von der oben beregten Ausstellung abgesehen, gleichermaßen für seine Ausführung. Mir sind wenige rechtswissenschaftliche Arbeiten bekannt, die mit einem so bescheidenen Auftreten einen so großartigen Apparat verbinden. Dies gilt zunächst von den Quellen. Daß die Rechtsquellen im engeren Sinne vollständig erschöpft, daß Cicero und Plautus, Festus und Varro benutzt worden sind, wird sich ein Forscher von der Solidität des Verfassers nicht als besonderes Verdienst anrechnen lassen wollen; aber auch die späteren Grammatiker haben herhalten müssen, und die Inschriften sind fleißig exzerpirt. Vielleicht wendet man ein, daß, wie es ja bei historischen Arbeiten der Fall ist, dem nicht ganz speziell informirten Leser eine Kontrole über die Vollständigkeit einerseits und originale Beschaffung des Materiales andererseits fehlt. Ich selbst indeß bin bei einigen Abschnitten des Pernice'schen Buches in der Lage gewesen, die Probe auf die Rechnung zu machen und mich von den Vorzügen des Apparates zu überzeugen, da ich beim Erscheinen des Labeo einige Fragen aus der römischen Rechtsgeschichte zu bearbeiten im Begriff war, die auch dort ihre Besprechung gefunden haben. Und dieses massenhafte Material ist in entsprechender Weise zu einer Darstellung verarbeitet worden, die sich durchweg auf der Höhe erhält. Nur wäre wohl zu Zeiten eine größere Uebersichtlichkeit derselben zu wünschen gewesen, was vielleicht schon damit erreicht worden wäre, wenn der Verfasser im Beginn der einzelnen Abschnitte eine Uebersicht seiner Disposition gegeben hätte. Das Buch ist nicht leicht zu lesen; häufig mußte ich lange nach der Beziehung und Verbindung eines Absatzes zum andern suchen, natürlich mit Erfolg, denn der gerügte Mangel ist nur eine formelle Ausstellung; aber ich hatte mich nachgerade an diese Operation derart gewöhnt, daß ich, als ich S. 453 N. 17 auf eine solche Schwierigkeit stieß, erst sehr spät auf den einzig denkbaren Ausweg kam, daß dieser Absatz wirklich durch ein Versehen des Druckes an diese Stelle gekommen ist.

Die Methode des Verfassers ist durch zwei Umstände hauptsächlich gekennzeichnet: einmal in der historischen Verwerthung der Pandektenfragmente. Der Verfasser, gestützt auf den Gedanken, daß die Pandekten den Stoff einer dreihundertjährigen Rechtsentwickelung enthalten, versucht nun die historischen Entwickelungsstadien aus diesen klarzulegen. Wenn also Labeo und Julian auseinandergehen, so findet er den Grund nicht in einer Verschiedenheit der wissenschaftlichen Individualitäten, sondern in der zeitlichen Differenz. Auf diesem Wege gelingt es ihm, häufig frappante Schlaglichter auf die Entwickelung eines Instituts zu werfen: er weist nach, wie häufig alte Rechtsanschauungen zwar im Wesentlichen

durch neue überwunden worden, aber sich in einzelnen Punkten konservirt haben, und wie sich auf diese Weise viele Sonderheiten erklären lassen, deren logische Rechtfertigung man vergeblich versucht hat. So sind ihm beispielsweise die bekannten Grundsätze beim Kauf von dem Uebergange der Gefahr von der Reservation des Eigenthums vor Zahlung des Kaufpreises nichts weiter, als Ueberreste aus einer Zeit, da der Kauf Realvertrag war, und der Satz, daß der Depositar beim Hinterlegungsvertrag nur für Arglist haftet, eine Reminiscenz an die Zeit, da es noch keinen solchen Vertrag gab, und die Klage aus der Hinterlegung lediglich bei Unterschlagung der hinterlegten Sache zustand.

Ueber das zweite Moment, das die Methode des Verfassers kennzeichnet, spricht sich der Verfasser selbst in der Vorrede aus: „Es will mir erscheinen, als unterschätze man vielfach die unjuristischen Bestandtheile des klassisch-römischen Rechtssystemes; als stelle man sich oft Zwölftafel-, Edikts- und Konstitutionenrecht der früheren Kaiserzeit nur als logische Formulirung oder konsequente Weiterbildung längst vorhandener Rechtsideen vor; als vergäße man hie und da der theoretischen Thätigkeit der römischen Jurisprudenz gegenüber, daß an der Neuschaffung von Rechtssätzen nicht blos das abstrakt-logische Denken arbeitet, sodern auch die soziale Anschauung." Die Berechtigung, dieser herrschenden Behandlung der Sache gegenüber auch die soziale Anschauung zur Geltung zu bringen, wird niemand bestreiten; daß dies bisher nicht hinreichend geschehen, lag auch nicht in einer bewußten Ablehnung der Pernice'schen Sätze, sondern in der wesentlich dogmatisirenden Richtung unserer Jurisprudenz.

Der bisher erschienene erste Band umfaßt eine Gelehrtengeschichte des Labeo und die Darstellung der allgemeinen Lehren, mit Ausschluß der Lehren von den Motiven und den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte, sowie von dolus und culpa. Ich muß mir ein Eingehen an dieser Stelle versagen; vielleicht daß nach Erscheinen der folgenden Abtheilungen mir auch Gelegenheit geboten wird, eine ausführliche Darstellung zu geben. Für jetzt möchte ich nur hoffen, daß meine Zeilen den im Eingange gewünschten Erfolg haben möchten.

Heidelberg. Dr. Max Cohn.

---

**Goldschmidt,** Dr. L., Rath am Reichs-Oberhandelsricht, **Handbuch des Handelsrechtes.** Erster Band. 2. völlig umgearbeitete Auflage. Erste Lieferung (Bogen 1—20). Erlangen, Verlag von Ferd. Enke. 1873. 8°.

Goldschmidt's Handbuch nimmt gegenwärtig unzweifelhaft die erste Stelle in unserer handelsrechtlichen Literatur ein. Daß der Verfasser bei der längst nöthig gewordenen neuen Auflage des vor 10 Jahren erschienenen ersten Bandes sich nicht mit einem bloßen Wiederabdruck begnügen würde, ließ sich nach der Gewissenhaftigkeit, welche alle seine Arbeiten

auszeichnet, erwarten. Der Umfang der Bereicherungen, die dieser zweiten Auflage zu Theil geworden sind, ergiebt sich annähernd daraus, daß, obwohl die Entstehungsgeschichte des deutschen Handelsgesetzbuches mehr komprimirt worden ist, doch S. 320, mit der die vorliegende Lieferung abschließt, der S. 227 in der ersten Auflage entspricht. Die Vermehrungen betreffen vorzugsweise die Darstellung des gegenwärtigen Rechtszustandes (§ 10—32), in welcher neben der Reichsgesetzgebung, insbesondere dem Gesetz über die Einführung des Reichs-Oberhandelsgerichtes, auch die der einzelnen deutschen Staaten und die außerdeutsche Gesetzgebung und Literatur des Handelsrechtes in weit umfassenderer Weise als früher berücksichtigt sind. Namentlich die Uebersicht über die fremden Rechte ist mit wahrhaft staunenswerther Vollständigkeit und Gründlichkeit durchgeführt. Von dem auf diese geschichtlichen und literarischen Erörterungen folgenden ersten Buche: die Regeln und Quellen des Handelsrechtes, enthält die vorl. erste Lieferung erst zwei Paragraphen und den Anfang des dritten. Auch in diesen zeigt sich überall das unablässige Weiterarbeiten des Verfassers; auch hier ist die neue Auflage nicht blos eine Vervollständigung, sondern eine wirkliche Refundirung des früher Gegebenen. Eingefügt ist namentlich eine Erörterung über den Begriff der Rechtsquellen, sowie über die Frage, ob die Wissenschaft zu denselben zu rechnen sei, in der mir allerdings Manches disputabel erscheint. Wenn im Verlauf derselben der Satz ausgesprochen wird (S. 307): „Nur was der nach der maßgebenden Gerichtsverfassung in letzter Instanz entscheidende Richter als geltendes Recht handhabt, ist l e b e n d i g e s Recht, die viva vox juris civilis" — so muß hiergegen sowohl im Interesse der Wissenschaft wie in dem einer unabhängigen Praxis entschiedene Verwahrung eingelegt werden. Die L. 8 de just. et jure, welche G. hierbei citirt, spricht vom jus honorarium und die Autorität eines solchen vermögen wir den Aussprüchen des Oberhandelsgerichtes trotz aller Hochachtung vor der Gediegenheit seiner Judikatur unmöglich zuzugestehen.

Je größer die Förderung ist, welche wir den Leistungen G.'s verdanken, um so lebhafter tritt der Wunsch hervor, mit dem wir die Anzeige schließen, daß es dem Verf. trotz seiner vielfach in Anspruch genommenen Thätigkeit gelingen möge, das umfassende Werk, welches seine Lebensaufgabe geworden ist, rüstig fort- und glücklich zum Abschluß zu führen.

B e h r e n d.

# Bibliographie.

v. Kujawa, Dr. G. M., Appell.-Ger.-Ref. Tabellen zur Rechtsgeschichte, insbesondere für den Gebrauch der Studirenden der Jurisprudenz. Berlin. Puttkammer u. Mühlbrecht. 1873. 8. 54.

Cohn, Dr. M. in Heidelberg. Zum römischen Vereinsrecht. Abhandlungen aus der Rechtsgeschichte. Habilitationsschrift. Berlin. Weidmann'sche Buchhandlung. 1873. 8. 231.

Rockinger, Ludw. Berichte über die Untersuchung von Handschriften des sog. Schwabenspiegels. I. u. II. Wien. 1873. In Komm. bei Karl Gerold.

Schuster, Dr. H. M., Docent in Wien. Das Wiener Stadtrechts- oder Weichbildbuch. Wien. Manz'sche Buchhandlg. 1873. 8. VI. 164.

Schröder, Dr. R., o. Prof. in Würzburg. Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Deutschland. II. Das Mittelalter, 3 Abth. Das sächsische und das friesische Recht. Stettin, Danzig, Elbing, Léon Saunier's Buchhdlg. 1874. 8. XII. 428.

Bocke, H., bayr. Bezirksrath. Gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutschland. I. Bd. XXIX. 690. II. Bd. XII. 332. Nördlingen, Beck'sche Buchh. 1873. 8.

Schulin, Dr. F., Privatdozent in Marburg. Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio. Eine civilistische Abhandlung. Marburg. W. Braun. 1873. 8. VII. 211.

Hoffmann, Franz, Prof. in Wien. Die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der justa causa traditionis. Wien. J. G. Manz. 1873. 8. 140.

Siegel, H. D., ord. Prof. in Wien. Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie. Berlin. 1873. F. Vahlen. 8. VIII. 159.

v. Gerber, C. F. System des deutschen Privatrechts. 11. verb. Aufl. Jena. Mauke. (Hermann Dufft) 1873. 8. XXXII. 759.

Archiv für die civilistische Praxis. Sechsundfünfzigster Band. Neue Folge. VI. Bd. 3 Heft, ausgegeben im Dezember 1873. Inhalt: Schmidt. Letztwillige Verordnungen. — Böhlau. Juristische Personen. — Hesse. Condictio indebiti. — Fitting. Unsittliche Bedingung. — Ortloff. Beweis des Meineides bei Civilansprüchen. — Literatur.

v. Ihering. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes. XII. Bd 3. Heft. — Struckmann. Ueber die Anfecht-

barkeit der datio in solutum mittelst der actio Pauliana. — Ihering. Kritisches und exegetisches Allerlei. — Ziebarth. Beiträge zur Textkritik und Exegese.

Hauser, Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht mit besonderer Rücksicht auf Bayern. 1. und 2. Heft. Nördlingen. Beck'sche Buchhandlung. 1873. Abhandlungen: Roth. Unifikation und Kodifikation. — Hauser. Der Rechtscharakter des Besitzes und die rechtsgeschäftlichen Besitzesmomente. — Burchardi. Ueber die Gültigkeit des römischen jus alluvionis im Gebiete des gemeinen Rechtes in Deutschland. Rechtssprüche.

Goldschmidt, L., Dr. Rath am Reichs-Oberhandelsgericht in Leipzig. Handbuch des Handelsrechtes. I. 1. Liefg. 2. Aufl. Erlangen. F. Enke. 1874. 8. XX. 320.

Anschütz, Dr. A. o. Prof. in Halle, u. v. Völderndorff, Rath in Nürnberg. Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechtes. III. Bd. 4. Heft. Erlangen. 1873. Palm u. Enke. 8. 305—400.

Strey, Alwin, Handelsgesellsch.-Syndikus. Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht, insbesondere das Recht der offenen, Kommandit-, Kommandit-Aktien- und Aktiengesellschaften unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes und der ausländischen Gesetzgebungen. 1. Abth.: Einleitung und allgemeiner Theil. Berlin. 1873. Guttentag (D. Collin). 8. VII. 351.

Die Spekulationsgeschäfte an der Berliner Börse. Ein Wort der Warnung von preußischen Juristen. Berlin. Louis Gerschel. 1873. 8. 29.

Bezold, Dr. E., bayer. Bezirks- u. Wechselgerichtsrath a. D. Erörterungen aus dem Gebiete des Assekuranzwesens. 2. Heft. München. R. Oldenbourg. 1873. 8. 112.

Ströll, A. Die Wechselrevalirungsklage und die deutsche Rechtsprechung. Inauguralabhandlung. Nördlingen. Beck'sche Buchhdlg. 1873. 8. 30.

Grünewald, E., Friedensrichter in Metz. Repertorium zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. II. Bamberg. Buchner'sche Buchhdlg. 1874. 8. 398.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes. X. Bd. 1.—3. Heft. Erlangen. F. Enke. 1873. 8. XI. 288.

Stegemann, A., Anwalt ꝛc. Die Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichtes zu Leipzig. Bis VIII. Bd. 2. Heft. Berlin. Guttentag (D. Collin). 1873. 8. 193—392.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechtes, sowie von wichtigen Entscheidungen der k. bayerischen Handelsappellationsgerichte. Unter Aufsicht und Leitung des königl. Justizministeriums herausgegeben. II. Bd. 3. Heft. Erlangen. Palm u. Enke. 1873. 8. 231—322.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. XIX. Bd. Neue Folge IV. Bd. 1. u. 2. Heft. Erlangen. F. Enke. 1873. I. Abhandlungen: Salpius. Ueber die Anwendung ausländischen Rechtes auf den Wechselregreß. — Römer. Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst. Nach römischem und gemeinem deutschen Rechte. — Goldschmidt. Ueber die Statthaftigkeit des ädilitischen Rechtsmittels beim Gattungskauf. — Römer. Das Recht desjenigen Kontrahenten, welcher einen zweiseitigen Vertrag erfüllt hat, im Falle der Nichterfüllung von Seiten des andern Kontrahenten. II. Rechtsquellen. III. Rechtssprüche. IV. Literatur. 8. 352.

Förster, Dr. F., Geh. Oberjustizrath. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechtes auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechtes. II. Bd. 3. Aufl. Berlin. G. Reimer. 1873. 8. X. 480.

Heidenfeld, Dr. Th., Rechtsanwalt. Das preußische Immobiliarrecht nach den Gesetzen vom 5./V. 1872. Berlin. Weidmann'sche Buchhdlg. 1873. 8. 147.

Bruck, Dr. F. Die Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses auf den vom Richter im Erkenntniß übergangenen Zinsenpunkt. Nach gemeinem und preußischem Rechte dargestellt. Breslau. Gosohorsky'sche Buchhdlg. 1873. 8. 47.

Striethorst Th., Stadtgerichtsrath. Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des königlichen Obertribunals gelangt sind. Dritte Folge. Vierter Jahrgang. III. und IV. Bd., des Ganzen 87. und 88. Band. Berlin. J. Guttentag (D. Collin). 1873. 8.

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechtes. Neue Folge. III. Jahrgang. 1. Heft (der ganzen Reihe der Beiträge XVIII. Jahrgang). Davidsohn. Einrede des Prokura-Indossaments. — Rintelen. Umwandlung der Gewerkschaft in eine Aktiengesellschaft. Führung des Gewerkbuches 2c. — Jäckel. Die Vormerkung nach den Gesetzen vom 5./V. 1872. — Brettner. Bedarf der Miterbe für sein rezeßmäßiges Alleineigenthum noch der Auflassung? — Krämel. Erläuterung des § 8 des Bundesgesetzes betr. Gewährung der Rechtshülfe 2c. — Gruchot. Lehre vom Gastaufnahmevertrage. Rechtsfälle. Literatur.

Die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen, in Verbindung mit Anderen herausgegeben von Dr. E. Bezold. II. Theil. Staats- und Verwaltungsrecht. Bd. I. H. 1, enthaltend: Deutsche Münzverfassung, Gesetz betr. die Ausprägung von Reichsgoldmünzen vom 4. Dez. 1871; Münzgesetz vom 9. Juli 1873. Mit Erläuterungen von Dr. Ad. Soetbeer. Erlangen. Palm u. Enke. 1874.

Deutsche Reichsgesetze. Kortkampf'sche Ausgabe. Text mit Anmerkungen. Hefte 2, 11 u. 12. Die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten. Gesetz vom 31./III. 1873. Mit den Gesetzen betr. Kaution d. Reichsbeamten u. Bewilligung von Wohnungsgeld-Zuschüssen, v. O. Freiherr v. Zedlitz-Neukirch. — Fabrikgesetzgebung des deutschen Reiches und der Einzelstaaten. Handbuch für den praktischen Gebrauch von Beamten, Arbeitgebern und Arbeitnehmern, bearbeitet von einem Mitgliede des Reichstages und des Hauses der Abgeordneten. — Rechte und Pflichten der gewerblichen Arbeiter. Nach der Gesetzgebung des deutschen Reiches und der Einzelstaaten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dargestellt von einem Mitgliede des Reichstages.

Pfizer G. Kreisrichter in Ulm. Die Reform der Verwaltungsrechtspflege. Stuttgart. A. Heitz. 1873. 8. 57.

v. Brincken B., Regierungsassessor. Das Gesetz betreffend die Einführung einer Klassen- und klassifizirten Einkommensteuer v. 1./V. 1851, in Verbindung mit dem Gesetz wegen Abänderung desselben v. 25./V. 1873 und dem Gesetz betreffend die Aufhebung der Mahl- und Schlachtsteuer von demselben Tage. Zum Handgebrauche. Berlin. Weidmann'sche Buchhdlg. 1873. 8. VI. 290.

Studien im Disziplinarwesen der preußischen Justizverwaltung. Ein Beitrag zu den Materialien einer deutschen Reichs-Justizorganisation. Von einem ehemaligen Richter. Zweite verbesserte Auflage. Berlin. 1873. Troitzsch u. Ostertag. 8. XVIII. 102.

Hilse, Dr. B., königl. Kreisrichter. Die Rechtssprechung des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenz-Konflikte seit seinem Bestehen systematisch und chronologisch dargestellt. Berlin. 1874. C. Heymann. 8. IX. 353.

Preußische Gesetze. Text mit Anmerkungen (Kortkampf'sche Ausgabe). Heft 15. Betrieb und Beaufsichtigung von Dampfkesseln. Gesetz vom 3./V. u. Verordnung v. 24./VI. 1872. Für den praktischen Gebrauch erläutert von einem höheren Regierungsbeamten.

Hinschius, Dr. P., o. Prof. in Berlin. Die preußischen Kirchengesetze des Jahres 1873. Herausgegeben mit Einleitung und Kommentar. 2. Lieferung. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). 8. XLVIII. 98—212.

Makower H., Rechtsanwalt und Notar. Ueber die Gemeindeverhältnisse der Juden in Preußen. Berlin. 1873. J. Guttentag (D. Collin). 8. 115.

Rubo, Dr. E. F., Stadtrichter. Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich und das Einführungsgesetz vom 31./V. 1870, nach amtlichen Quellen. 2. Lief. Berlin. Weidmann'sche Buchhdlg. 1873. 8.

Binding, Dr. K., Prof. in Leipzig. Die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher vom 15. Mai 1871 und 20. Juni 1872. Akademische Handausg. mit Erläuterungen. Einleitung (Bg. 1—10). Leipzig. W. Engelmann. 1874.

Sontag, Dr. K. R., o. Prof. in Freiburg. Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers, insbesondere auf strafrechtlichem Gebiete. Freiburg i. Br. Wagner'sche Buchhdlg. 1874. 8. 66.

Motive zu dem Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung. Nach den Beschlüssen der von dem Bundesrathe eingesetzten Kommission. Berlin. 1873. Verlag der königl. Geh. Ober-Hofbuchdruckerei (R. v. Decker). 8. XII. 212. IV. 68.

Zwei Zeugnisse für das Schöffengericht aus Baden. I. Schwurgericht oder Schöffengericht? Eine Begründung von Amtsrichter Weizel. II. Schöffengericht und Gespenster. Eine Beleuchtung von Oberamtsrichter Eisen. Straßburg. Moritz Schauenburg. 1873. 8. 39.

Wilke R., Appellationsgerichtsrath. Anweisung zum Referiren für den Geltungsbezirk des preuß. Landrechtes u. der Gerichtsordnung. Nebst einem Anhange enth. die Vorschriften über die juristischen Prüfungen und die Beschäftigung der Referendarien. Ein Leitfaden. Paderborn. Ferd. Schöningh's Verl. 1873. 8. 191.

# Alphabetisches Register.

## K.



## L.



## M.



## N.



## O.



## P.



## Q.



## R.



Digitized by Google

S.



T.



U.



V.



W.



Z.



Buchdruckerei der Berliner Bürger-Zeitung. (D. Collin) Schützenstraße 68.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin.

Soeben erschien:

# Verfassung des Deutschen Reichs

**Text-Ausgabe**

mit Ergänzungen, Anmerkungen und Sachregister

von

**Dr. L. von Rönne,**

Appellgerichts-Vice-Präsident a. D. und Reichstags-Abgeordneter.

Zweite vermehrte Auflage.

Taschen-Format. Cartonnirt. Preis 7½ Silbergroschen.

---

Bei **Palm & Enke** in Erlangen ist erschienen und durch jede Buchhandlung zu erhalten:

**Kommentar**

zum

**Allgemeinen**

# Deutschen Handelsgesetzbuche

**mit Ausschluß des Seerechtes**

von

**Dr. Aug. Anschütz,** ord. Professor der Rechte an der Universität Halle, und **Dr. Frhr. v. Völderndorff,** Rath am Handelsappellationsgerichte in Nürnberg.

I., II., III. 1—3. Bog. 8°. 7 Thlr. 2 Sgr.

Kompetente Beurtheiler haben diesen alle einschlägigen Fragen klar und sicher erörternden Kommentar als unentbehrlich angelegentlichst zur Anschaffung empfohlen und ist dieses Werk auch in Heften nach und nach zu beziehen. Die weitere Fortsetzung wird möglichst rasch geliefert werden.

---

Von der in demselben Verlage erscheinenden

**Sammlung**

von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des

# Handels- und Wechselrechts

sowie von wichtigen Entscheidungen

**der königl. bayer. Handels-Appellationsgerichte,**

sind Heft 1 u. 2 von Band II. zu dem Preise von 1 Thlr. 2 Sgr. soeben ausgegeben worden. Bestellungen besorgt jede Buchhandlung.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin.

Soeben erschien:

Dr. C. F. Koch's

# Allgemeines Landrecht

für die

# Preußischen Staaten.

Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von

**Dr. Franz Förster,** Ministerial-Direktor. **R. Johow,** Obertribunals-Rath.

**Dr. P. Hinschius,** ord. Professor der Rechte.

**A. Achilles.** Stadtgerichts-Rath in Berlin. **A. Dalcke.** Ober-Staatsanwalt in Marienwerder.

(I. **Bd.** in 6. Ausgabe, II.—IV. **Bd.** in 5. Ausgabe.)

Erster Band. 1. Lieferung (Titel 1—5 des I. Theils.)

Das ganze Werk wird unter Weglassung der großen kodificirten Gesetze der Neuzeit (Allg. Deutsche Wechselordnung — Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch — Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich — Preuß. Berggesetz — Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 — die bevorstehende Vormundschaftsordnung) **4 Bände** umfassen, schnell hintereinander erscheinen und 20—25 Thlr. kosten.

Die genannten kodificirten Gesetze werden denjenigen geehrten Abonnenten des Koch'schen Landrechtes, welche dies wünschen, als **Supplemente** geliefert werden in selbstständigen kommentarischen Bearbeitungen, und zwar

das **Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch** von **Makower,**
das **Deutsche Strafgesetzbuch** von **Rüdorff,**
das **Preußische Berggesetz** von **Dr. Klostermann,**
die **Preuß. Grundgesetze** von **Achilles,**

welche Werke z. Z. in neuen Auflagen und in gleichem Formate wie das Koch'sche Landrecht erscheinen werden. Ebenso werden

die **Allgemeine Deutsche Wechselordnung,**
die **bevorstehende Preuß. Vormundschafts-Ordnung**

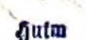
in noch zu veranlassenden Bearbeitungen nachfolgen.



Buchdruckerei der Berliner Bürger-Zeitung (D. Collin) in Berlin, Schützenstr. 68.

Digitized by Google

Digitized by Google





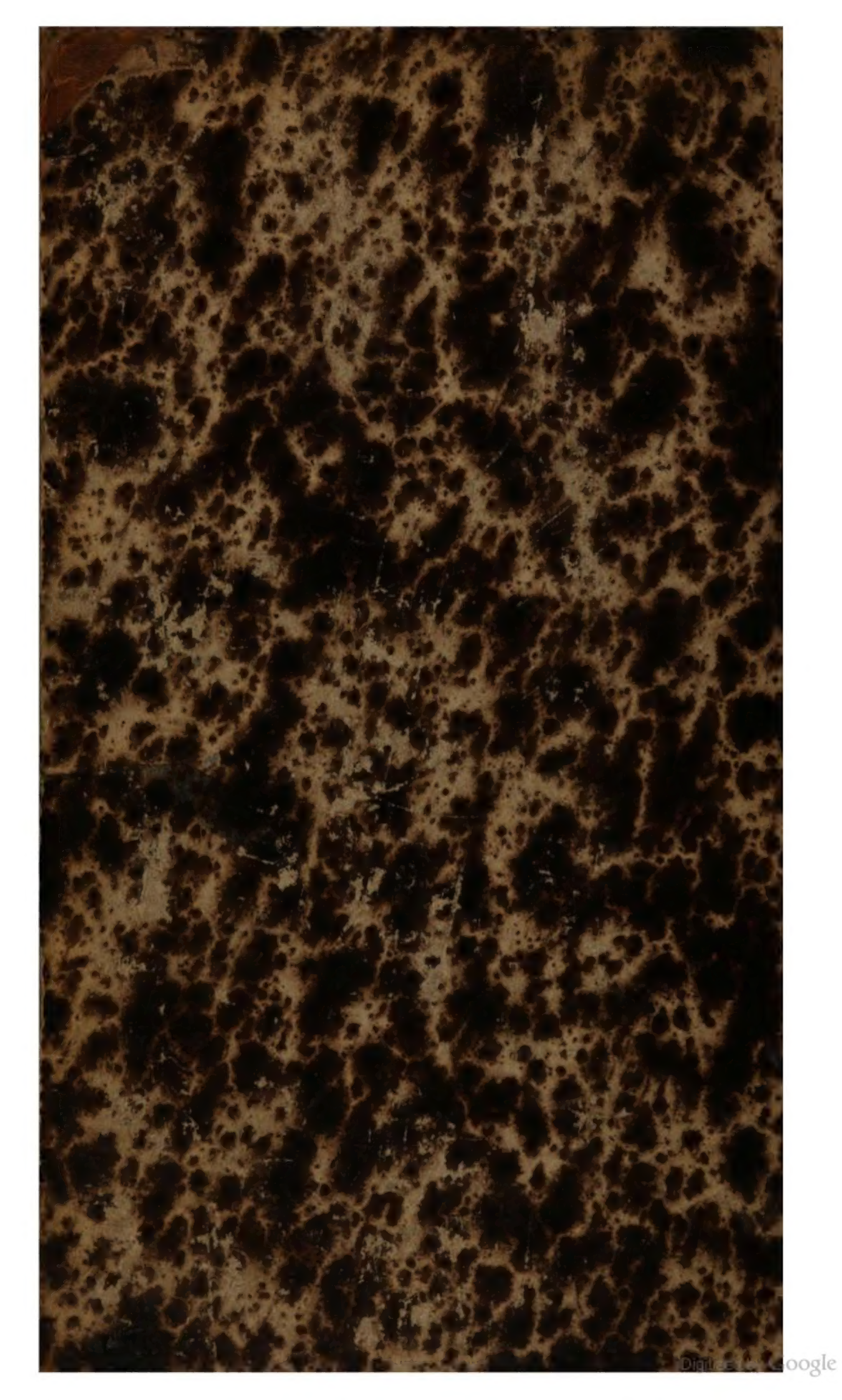
Digitized by Google

Digitized by Google

Hulm



Digitized by Google



Digitized by Google